

Rolf Niemann

**DRITTE ALS ERSATZBERECHTIGTE IM
AMERIKANISCHEN SCHADENSERSATZRECHT**

**Rechtsvergleichende Betrachtungen zur Konkretisierung
des ersatzberechtigten Personenkreises beim Vertrag
mit Schutzwirkungen für Dritte**

1979



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555418_0017

Dritte als Ersatzberechtigte im amerikanischen
Schadensersatzrecht

- Rechtsvergleichende Betrachtungen zur Konkretisierung
des ersatzberechtigten Personenkreises beim Vertrag
mit Schutzwirkungen für Dritte -

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Rolf Niemann
aus Heidenheim



Erster Berichterstatter:	Prof.Dr. Jayme
Zweiter Berichterstatter:	Prof.Dr. Großfeld
Dekan:	Prof.Dr. Battes
Tag der mündlichen Prüfung:	5.2.1979

G l i e d e r u n g

	Seite:
A. Einleitung	1
B. Deutsches Recht	9
I. Offene Probleme beim Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte	9
1) Dogmatisch-konstruktive Begründungs- versuche von vertraglichen Ersatzan- sprüchen Dritter	10
a) Vertrag zugunsten Dritter	10
b) Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte	13
aa) Rechtsprechung	14
bb) Schrifttum	17
c) Kritik und andere Vorschläge	19
2) Schaden	23
3) Abgrenzungsfragen	25
4) Drittbestimmungsprobleme	30
a) Drittbestimmung als allgemeines Problem	32
aa) Vertrag zugunsten Dritter gem. § 328 BGB	32
bb) Drittbestimmung durch Gesetz	34
(1) §§ 618 III BGB, 62 III HGB, 701 BGB	34
(2) §§ 844, 845 BGB	34
(3) Fernwirkungs-, Reflex-, Schockschäden	37
(4) § 1298 I BGB	39
cc) Drittschadensliquidation	40
dd) Zwischenergebnis	41
b) Lösungsversuche beim Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte	42
aa) Interessenlage des Leistungsver- hältnisses	43
(1) Leistungsnähe	44
(2) Interesse des Gläubigers am Schutz des Dritten	47

	Seite:
(a) Schrifttum	48
(b) Rechtsprechung	50
(3) Erkennbarkeit	56
bb) Schutzinteresse des Dritten	58
Zusammenfassung	64
Fragestellung und Gang der Untersuchung	65
C. Amerikanisches Recht	67
I. Einleitung	67
1) Vergleichbare Sachverhalte in verschiedenen Haftungsbereichen - Drittbestimmung als allgemeines Problem	69
2) Wandlungen und Veränderungen in den verschiedenen Haftungsbereichen	72
a) "Death of contract"	72
aa) Die Ansichten von Friedman und Macaulay	74
bb) Die Ansicht von Gilmore	79
b) Deliktsrecht ("negligence")	85
c) Verhältnis von "contract" und "tort"	88
II. Drittbestimmung im Bereich des "contract law"	94
1) Allgemeine Überlegungen zu einer vertraglichen Anspruchsberechtigung Dritter	94
a) "consideration" und "privity"	95
b) Die gegenwärtige "third party beneficiary rule"	100
2) Dritte als Anspruchsberechtigte	102
a) "third party beneficiary doctrine" und Drittbestimmung	103
aa) Einteilung in Kategorien	104
(1) "donee beneficiary"	104
(2) "creditor beneficiary"	108
(3) "incidental beneficiary"	113

	Seite:
bb) "intent test"	114
(1) Allgemeine Bedeutung von "intent" im Bereich der "third party beneficiary rule"	118
(2) "intent"-Konzeption	122
(a) Objektive und subjektive Kriterien	122
(b) Einschränkungen und Aus- dehnungen des "intent tests"	129
(c) Restatement (2d) of Contracts	133
b) Neuere Ansichten im Schrifttum (andere Gesichtspunkte)	135
III. Drittbestimmung im Bereich der "negligence"-Haftung	137
1) Elemente der "negligence"-Klage und ihre jeweilige Bedeutung für die Dritt- bestimmung	137
a) "duty"-Merkmal	140
aa) "duty" aus oder in Verbindung mit Vertrag	141
(1) "privity of contract"	143
(2) "mifeasance"- "nonfeasance" bei Dreiecksverhältnissen	145
bb) "duty" aus sonstiger "relation"	148
cc) "foreseeability"	149
dd) "policy"-Gesichtspunkte	157
(1) Schrifttum	159
(2) Rechtsprechung	166
b) "breach of duty"	171
2) Fallgruppen	176
a) Verkäufer- bzw. Herstellerhaftung	176
aa) "negligence"	178
bb) "breach of warranty"	183
cc) "strict liability"	193
b) Miete("Landlord & Tenant")	199
aa) "Landlord-tenant relations"	199
bb) Haftung des Vermieters	212

(1) Grundregel: Haftungsfreiheit ("immunity")	212
(2) Ausnahmen	214
(a) "latent defects"	214
(b) "public use"	217
(c) "lease for a short term"	219
(d) "covenant to repair"	222
(e) "negligent repairs"	227
(f) "common use"	229
(g) "statutory duty to repair"	237
(3) Haftung aus Vertrag	239
(4) Anwendung von "negligence"- Grundsätzen	241
(5) "strict liability"	246
c) "professional liability"	250
aa) "Public Accountant"	253
bb) "Attorneys"	263
cc) "Architects and Engineers"	268
D. Würdigung, Auswertung und eigener Lösungsvor- schlag	277
I. Gemeinsamkeiten und Zusammenhänge in den verschiedenen Haftungsbereichen und Fall- gruppen	277
1) Einschränkung des Grundsatzes der Relativität des Schuldverhältnisses	278
2) Allgemeine Neuorientierung hinsichtlich der Drittbestimmung unter Berücksichti- gung der jeweiligen Sonderrechtsbe- ziehung	282
II. Gemeinsames Sachproblem als Argument für die funktionale Vergleichbarkeit	288
III. Ergebnisse und Auswertung im Hinblick auf die Fragestellung und das deutsche Recht	290

S c h r i f t t u m s v e r z e i c h n i s

- Allan, Bibb: Liability of Architects and Engineers to Third Parties, 22. Ark.L.Rev. 454 ff. (1968)
- American Jurisprudence: American Jurisprudence, 2nd edition, Vol. 17, Contempts to Contracts, Rochester N.Y., San Francisco, 1964 (zitiert: 17 Am.Jur. 2d, Stichwort)
Vol. 57, Municipal, School, and State Tort Liability to Negligence, Rochester N.Y., San Francisco, 1971 (zitiert: 57 Am.Jur. 2d, Stichwort)
Vol. 74, Suretyship to Treaties, Rochester N.Y., San Francisco, 1974 (zitiert: 74 Am.Jur. 2d, Stichwort)
- American Law of Property: A Treatise on the Law of Property in the United States, 7 Volumes, Boston 1952
- Annotation: Right of person furnishing material or labour to maintain action on contractor's bond to owner or public body, or on owner's bond to mortgagee, 77 A.L.R. 21 ff. (1932)
- Annotation: Comment Note. - Right of third person to enforce contract between others for his benefit, 81 A.L.R. 1271 ff. (1932)
- Annotation: Affirmative covenants as running with land, 118 A.L.R. 982 ff. (1939)
- Annotation: Comment Note. - Right of third person to enforce contract between others for his benefit, 148 A.L.R. 359 ff. (1944)
- Annotation: Breach of lessor's agreement to ~~repair~~ as ground of liability for personal injury to tenant or one in privity with latter, 163 A.L.R. 300 ff. (1946)

- Annotation: Statute requiring property to be kept in good repair as affecting landlord's liability for personal injury to tenant or his privies, 17 A.L.R. 2d 704 ff. (1951)
- Annotation: Validity and enforceability of contract in consideration of naming child, 21 A.L.R. 2d 1061 ff. (1952)
- Annotation: Liability for injury to guest in home or similar premises, 25 A.L.R. 2d 598 ff. (1952)
- Annotation: Liability of drawing an invalid will, 65 A.L.R. 2d 1363 ff. (1959)
- Annotation: Breach of lessor's agreement as ground of liability for personal injury to tenant or one in privity with latter, 78 A.L.R. 2d 1238 ff. (1961)
- Annotation: Modern status of rule requiring actual knowledge of latent defect in leased premises as prerequisite to landlord's liability to tenant injured thereby, 88 A.L.R. 2d 586 ff. (1963)
- Annotation: Comment Note. - Foreseeability as an element of negligence and proximate cause, 100 A.L.R. 2d 942 ff. (1965)
- Annotation: Landlord's liability to tenant's business patron injured as a result of defective condition of premises, 17 A.L.R. 3d 422 ff. (1968)
- Annotation: What constitutes a "public" use affecting landlord's liability to tenant's invitees for defects in leased premises, 17 A.L.R. 3d 873 ff. (1968)
- Annotation: Modern status of rules conditioning landowner's liability upon status of injured party as invitee, licensee, or trespasser, 32 A.L.R. 3d 508 ff. (1970)

- Annotation: Attorney's liability to one other than his immediate client for consequences of negligence in carrying out legal duties, 45 A.L.R. 3d 1181 ff. (1972)
- Annotation: Liability of public accountant to third parties, 46 A.L.R. 3d 979 ff. (1972)
- Annotation: Landlord's liability to tenant or tenant's invitees for injury or death due to ice or snow in areas or passageways used in common by tenants, 49 A.L.R. 3d 387 ff. (1973)
- Annotation: Liability to one injured in course of construction, based upon architect's failure to carry out supervisory responsibilities, 59 A.L.R. 3d 869 ff. (1974)
- Annotation: Modern status of landlord's tort liability for injury or death of tenant or third person caused by dangerous condition of premises, 64 A.L.R. 3d 339 ff. (1975)
- Annotation: Landlord's liability for injury or death due to defects in areas of building (other than stairways) used in common by tenants, 65 A.L.R. 3d 14 ff. (1975)
- Annotation: Liability of landlord for personal injury or death due to inadequacy or lack of lighting on portion of premises used in common by tenants, 66 A.L.R. 3d 202 ff. (1975)
- Annotation: Landlord's liability for personal injury or death due to defects in appliances supplied for use of different tenants, 66 A.L.R. 3d 374 ff. (1975)
- Annotation: Landlord's liability for injury or death due to defects in exterior steps or stairs used in common by tenants, 67 A.L.R. 3d 490 ff. (1975)

- Annotation: Landlord's liability for injury or death caused by defective condition of interior steps or stairways used in common by tenants, 67 A.L.R. 3d 587 ff. (1975)
- Athenäum Zivilrecht I: Athenäum Zivilrecht Bd. 1, 1. Emmerich, Volker u.a.: Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, Frankfurt 1972 (zitiert: Verfasser in "Athenäum Zivilrecht I")
- Ault, Hugh & Glendon, Mary Ann: The Importance of Comparative Law in Legal Education: United States Goals and Methods of Legal Comparison, in: Law in the United States of America in social and technological revolution, 67 ff., Brüssel 1974
- Averill, Lawrence H.: Attorney's Liability to Third Persons for Negligent Malpractice, 2 Land and Water L.Rev. 379 ff. (1967)
- Baxmann, Otto: Die Bedeutung des Innenverhältnisses zwischen Versprechensempfänger und Dritten beim Vertrag zugunsten Dritter, Diss. Göttingen 1935
- Bearman, Leo Jr.: Caveat Emptor in Sales of Realty - Recent Assaults Upon the Rule, 14 Vand.L.Rev. 541 ff. (1961)
- Becker, Walter G.: Gegenopfer und Opferverwehrung, Berlin, Frankfurt a.M. 1958
- Beitzke, Günther: Familienrecht, 18. Aufl., München 1976 (zitiert: "Familienrecht")
- Beitzke, Günther: Zur rechtlichen Qualifikation der Verlöbnisfolgen, in: Festschrift für Hans G. Ficker, 78 ff. Frankfurt, Berlin 1967
- Bell, George: Professional Negligence of Architects and Engineers, in: Roudy & Andersen, Professional Negligence, 173 ff. (vgl.ebenda)
- Bennett, Dale E.: The Modern Lease - An Estate in Land or a Contract (Damages for Anticipatory Breach and Independency of Covenants, 16 Tex.L.Rev. 45 ff. (1938)

- Berg, Hans: Anmerkung zu BGH NJW 1968, 885 ff., NJW 1968, 1325 f.
- Berg, Hans: Anmerkung zu BGH NJW 1969, 41 ff., JR 1969, 143
- Berg, Hans: Drittschadensliquidation und Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, MDR 1969, 613 ff.
- Berg, Hans: Anmerkung zu BGH NJW 1969, 789 ff., NJW 1969, 1172 ff.
- Berg, Hans: Anmerkung zu LG Frankfurt, NJW 1969, 2286, NJW 1970, 515 f.
- Bernhard, Alexander A.: Third Party Beneficiary Rights in Massachusetts, 49 Mass. L.Q. 159 ff. (1964)
- Bingham, Joseph W.: Some Suggestions Concerning Legal Cause at Common Law, 9 Col.L.Rev. 16 ff. und 136 ff. (1909)
- Bixley: Implied Warranty of Habitability: New Right for Home Buyers, 6 Clearinghouse Rev. 468 ff. (1972)
- Blomeyer, Arwed: Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl., Berlin, Frankfurt 1969
- Blumenwitz, Dieter: Einführung in das anglo-amerikanische Recht, 2. Aufl., München 1976
- Bögemann, Ludger: Die Verträge zugunsten Dritter, insbesondere die vertraglichen Sorgfaltspflichten gegenüber Dritten, Diss. Heidelberg 1938
- Böhmer, Emil: Elterliches Mitverschulden bei Unfällen von in der Bahn beförderten Kindern, MDR 1960, 265 f.
- Böhmer, Emil: Gläubiger, Schuldner und Dritte, MDR 1963, 96 f.
- Böhmer, Emil: Die Hereinnahme Dritter in den "Schutzbereich" eines Vertrages - eine Fehlkonstruktion!, MDR 1962, 345 ff.
- Böhmer, Emil: Schutzwirkung eines Vertrages zwischen Rechtsanwalt und Erblasser zugunsten der benachteiligten Erbⁱⁿn, MDR 1966, 468 ff.

- Böhmer, Emil: Unzulässige Vermischung von Deliktsrecht und Vertragsrecht, JR 1961, 17
- Böhmer, Emil: Zur Frage der Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse, MDR 1960, 807 f.
- Bohlen, Francis C.: Fifty Years of Torts, 50 Harv. L.Rev. 725 ff. und 1225 ff. (1937)
- Bohlen, Francis C.: Book Review: Green, Judge and Jury, 80 U.Pa.L.Rev. 781 ff. (1932)
- Bohlen, Francis C.: Landlord and Tenant, 35 Harv.L. Rev. 633 ff. (1922)
- Bohlen, Francis C.: Studies in the Law of Torts, Indianapolis 1926 (zitiert: "Studies")
- Borchard, Edwin: Government liability in tort, 26 Can.Bar.Rev. 399 ff. (1948)
- Buckland, W.W.: The Duty to Take Care, 51 L.Q. Rev. 637 ff. (1935)
- Buckland, W.W.: Some Reflections on Jurisprudence, Cambridge 1945 (zitiert: "Reflections")
- Bydlinski, Franz: Vertragliche Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter, JBl 1960, 359 ff.
- Caemmerer, Ernst von: Gesammelte Schriften, Hrsg. von Hans G. Leser, Bd. 1: Rechtsvergleichung und Schuldrecht, 454 ff. Tübingen 1968 (zitiert: Gesammelte Schriften")
- Caemmerer, Ernst von: Wandlungen des Deliktsrechts. In: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960, 49 ff., Bd. II Karlsruhe 1960 (zitiert: "Wandlungen")
- Calabresi & Hirschoff: Toward a Test for Strict Liability in Torts, 81 Yale L.J. 1055 ff. (1972)

- Calamari & Perillo: The Law of Contracts, St. Paul, Minn. 1970 (zitiert: "Contracts")
- Canaris, Claus-Wilhelm: Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, 475 ff.
- Canaris, Claus-Wilhelm: Die Produzentenhaftung in dogmatischer und rechtspolitischer Sicht, JZ 1968, 494 ff.
- CCH Products Liability Reporter: Products Liability Reporter, Abteilung "Current Decisions", Loseblattsammlung, Commerce Clearing House, Inc., Chicago
- Cheshire and Fifoot: The Law of Contracts, 8th ed., London 1972
- Cioffi, John J.: The Landlord - Tenant Relationship: A New Urban Structure, 18 New York Law Forum 725 ff. (1973)
- Cole, Robert H.: Windfall and Probability: A Study of Cause in Negligence Law Part I: Uses of Causal Language, 52 Cal.L.Rev. 459 ff. (1964)
- Comment: Constructive Eviction of a Tenant, 13 Baylor L.Rev. 62 ff. (1962)
- Comment: Accountant's Liabilities to Third Parties Under Common Law and Federal Securities Law, 9 B. C.Ind. & Com.L.Rev. 137 ff. (1967)
- Comment: Careless Lawyers and Careworn Third Parties, 28 Brooklyn L.Rev. 99 ff. (1961/62)
- Comment: Architect Tort Liability in Preparation of Plans and Specifications, 55 Cal.L.Rev. 1361 ff. (1967)
- Comment: Implied Warranty of Habitability: An Incipient Trend in the Law of Landlord - Tenant?, 40 Fordham L.Rev. 123 ff. (1971)
- Comment: Tenant Protection in Iowa - Mease v. Fox and the Implied Warranty of Habitability, 58 Iowa L.Rev. 656 ff. (1973)

- Comment: Tort Liability - *Cunis v. Brennan*, A defendant has not duty to protect a plaintiff injured by defendant's negligent conduct where plaintiff's injury was not reasonably foreseeable under the circumstances, 6 Loyola L.J. 483 ff. (1975)
- Comment: Attorney Liability For Unintentional Malpractice in Missouri, 39 Mo.L.Rev. 400 ff. (1974)
- Comment: The Supervising Architect: His Liabilities and His Remedies When a Worker is Injured, 64 Northwestern U.L.Rev. 535 ff. (1969)
- Comment: Landlord Tort Liability in California: Are the Restrictive Common Law Doctrines on Their Way Out?, 12 San Diego L.Rev. 401 ff. (1975)
- Comment: The Duty of Maintenance of Multiple Dwellings in California, 18 Stan.L.Rev. 1397 ff. (1966)
- Comment: The Landlord's Common-Law Duty to Repair: Some Recent Innovations, 22 Syracuse L.Rev. 997 ff. (1971)
- Comment: Landlord - Tenant Reform - Implied Warranty of Habitability: Effects and Effectiveness of Remedies for its Breach, 5 Tex. Tech.L.Rev. 749 ff. (1974)
- Comment: Third Party Beneficiary Contracts in England, 35 U.Chi.L. Rev. 544 ff. (1968)
- Comment: Strict Products Liability to the Bystander: A Study in Common Law Determinism, 38 U.Chi.L.Rev. 625 ff. (1971)
- Comment: Professional Negligence, 121 U.Pa.L.Rev. 627 ff. (1973)
- Comment: Implied Warranty of Habitability in Lease of Furnished Premises for Short Terms: Erosion of Caveat Emptor, 3 U.Richmond L. Rev. 322 ff. (1969)

- Comment: Liability of Landlord for Personal Injury Due to Inadequate or Lack of Lighting in Common Areas, 5 U. Richmond L. Rev. 148 ff. (1967)
- Comment: Tenant Remedies - The Implied Warranty of Fitness and Habitability, 16 Vill.L.Rev. 710 ff. (1971)
- Comment: Duty of reasonable care to third persons on the premises, 26 Wash & Lee L.Rev. 128 ff. (1969)
- Comment: Civil Liability Under Section 10 b and Rule 10 b - 5: A Suggestion for Replacing the Doctrine of Privity, 74 Yale L.J. 658ff.(1965)
- Constantinesco, Léontin-Jean: Rechtsvergleichung, Bd. II: Die rechtsvergleichende Methode, Köln, Berlin, Bonn, München 1972
- Corbin, Arthur Linton: Contracts for the Benefit of Third Persons, 46 L.Q.Rev. 12 ff. (1930)
- Corbin, Arthur Linton: Contracts for the Benefit of Third Persons, 27 Yale L.J. 1008 ff. (1918)
- Corbin, Arthur Linton: Corbin on Contracts, A Comprehensive Treatise on the Working Rules of Contract Law, 8 Bde., 4. Aufl., St. Paul, Minn. 1951 (zitiert: "Contracts")
- Cowan, Thomas A.: Contracts and Torts Should be Merged, 7 J.Leg.Ed. 377 ff. (1955)
- Cowan, Thomas A.: The Riddle of the Palsgraf Case, 23 Minn.L.Rev. 46ff.(1938)
- Curran, William: Professional Negligence - Some General Comments, in: Roady & Andersen, Professional Negligence, vgl. ebenda
- Dehmel, Max: Die Zurechnung des mitwirkenden Verschuldens von Aufsichtspersonen gegenüber kleinen Kindern im nordamerikanischen und deutschen Recht, Diss. Freiburg 1965

- Erman: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2 Bde., 6. Aufl., Münster 1975
- Esser, Josef: Schuldrecht, Band 2, Besonderer Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1971 (zitiert: "SchR II")
- Esser-Schmidt: Schuldrecht, Bd. I Allgemeiner Teil.
Teilband 1: Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen, 5. Aufl., Heidelberg, Karlsruhe 1975,
Teilband 2: Vertragshaftung, Schadensersatz, Personenmehrheit im Schuldverhältnis, 5. Aufl., Heidelberg, Karlsruhe 1976 (zitiert: "SchR I")
- Ezer, Mitchel J.: The Impact of the Uniform Commercial Code on the California Law of Sales Warranties, 8 UCLA L. Rev. 281 ff. (1961)
- Fabricius, Fritz: Die mangelhafte Lieferung beim Kauf beweglicher Sachen, JZ 1967, 464 ff.
- Feezer, Lester W.: A Circle Tour Through Negligence, 27 N.Y.U.L.Rev. 647 ff. (1952)
- Feezer, Lester W.: Capacity to Bear Loss as a Factor in the Decision of Certain Types of Tort Cases, 79 U.Pa.L.Rev. 742 ff. (1931)
- Fiflis, T.J.: Current Problems of Accountants' Responsibilities to Third Parties, 28 Vand.L.Rev. 31 ff. (1975)
- Fifoot, C H.S.: History and Sources of the Common Law: Tort and contract, London 1949
- Fikentscher, Wolfgang: Schuldrecht, 6. Aufl., Berlin, New York 1976
- Fleming, John G.: An Introduction to the Law of Torts, Oxford 1967 (zitiert: "Introduction")
- Fleming, John G.: The Law of Torts, 5th ed., Sydney, Melbourne, Brisbane, Perth 1977 (zitiert: "Torts")
- Franklin, Marc: When Worlds Collide: Liability Theories and Disclaimers in Defective Products Cases, 18 Stan.L.Rev. 974 ff. (1966)

- Freedman, Warren: Products Liability under the Uniform Commercial Code, 10 Practical Lawyer 49 ff. (1964)
- Friedman, Lawrence: Contract Law in America, a Social and Economic Study, Madison and Milwaukee 1965 (zitiert: "Contract Law")
- Friedman, Lawrence: The Impact of Large Scale Business Enterprise Upon Contract, Section I, Some General Reflections, 5 ff; International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. VII Chap. 3, Tübingen, Mouton, Den Haag, Paris o.J. (zitiert: "Impact of Large Scale Business Enterprise Upon Contract")
- Friedman - Macaulay: Contract Law and Contract Teaching: Past Present and Future, 1967 Wis.L.Rev. 805 ff.
- Friedman - Macaulay: Law and Behavioral Sciences, Indianapolis 1969 (zitiert: "Law and Behavioral Sciences")
- Friedmann, Wolfgang G.: Law in a changing society, 2d ed., London 1972 (zitiert: "Law in a changing society")
- Frumer & Friedman: Personal Injury. Actions, defenses, damages, Albany u.a. 1957 ff. (Loseblatt)
- Frumer & Friedman: Products Liability, New York 1965 ff. (Loseblatt) (zitiert: "Products Liability")
- Fuerst, Harry: Foreseeability in American and English Law, 14 Clev. Mar.L.Rev. 552 ff. (1965)
- Gernhuber, Joachim: Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe, Festschrift für Arthur Nikisch, 249 ff., Tübingen 1959
- Gernhuber, Joachim: Gläubiger, Schuldner und Dritte. Eine Kritik an der Lehre von den "Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte" und der Rechtsprechung zum "Haftungsausschluß mit Wirkung für Dritte", JZ 1962, 553 ff.
- Gernhuber, Joachim: Lehrbuch des Familienrechts, 2. Aufl., München 1971 (zitiert: "Familienrecht")

- Gilmore, Grant: The Death of contract, Columbus Ohio 1974
- Gilmore, Grant: Products Liability: A Commentary, 38 U.Chi.L.Rev. 103 ff. (1970)
- Goodhart, Arthur L.: The Unforeseeable Consequences of a Negligent Act, 39 Yale L.J. 449 ff. (1930)
- Gordon, Robert W.: Book Review, 1974 Wis.L.Rev. 1216 ff.
- Gouldin, Paul C.: Liability of Architects and Contractors to Third Persons: Inman v. Binghamton Housing Authority Revisited, 33 Ins. Counsel J. 361 ff. (1966)
- Green, Leon: The Causal Relation Issue in Negligence Law, 60 Mich.L.Rev. 543 ff. (1962)
- Green, Leon: The Duty Problem in Negligence Cases, 28 Col.L.Rev. 1014 ff. (1928)
- Green, Leon: Foreseeability in Negligence Law, 61 Col.L.Rev. 1401 ff. (1961)
- Green, Leon: Identification of issues in negligence cases, 26 SW. L.J. 811 ff. (1972)
- Green, Leon: The Negligence Issue, 37 Yale L.J. 1029 ff. (1928)
- Green, Leon: The Palsgraf Case, 30 Col.L.Rev. 789 ff. (1930)
- Green, Leon: Rationale of Proximate Cause, Kansas 1927 (zitiert: "Rationale")
- Green, Leon: The Thrust of Tort Law (The Influence of Environment) 64 W. Va.L.Rev. 115 ff. (1961)
- Green, Leon: The Torts Restatement, 29 Ill. L.Rev. 582 ff. (1935)
- Green, Leon: Negligence Law, No Fault, And
Smith, Allen: Jury Trial I, 50 Tex.L.Rev. 1093 ff. (1972)
- Gregory, Charles O.: Trespass to Negligence to Absolute Liability, 37 Va.L.Rev. 359 ff. (1951)

- Grimes, John S.: Caveat Lessee, 2 Valparaiso U.L.Rev. 189 ff. (1968)
- Großfeld, Bernhard: Probleme der Rechtsvergleichung im Verhältnis Vereinigte Staaten von Amerika - Deutschland, RabelsZ 39 (1975), 5 ff.
- Guilian, W.E.: Liability of Architects and Engineers, 35 Tenn.L.Rev. 9 ff. (1967)
- Hagen, Horst: Drittschadensliquidation bei "Gefahrentlastung"? - BGH NJW 1970, 38, JuS 1970, 442 ff.
- Hagen, Horst: Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik, Frankfurt 1971
- Hamilton, Walton H.: The Ancient Maxim Caveat Emptor, 40 Yale L.J. 1133 ff. (1931)
- Harkrider, Raymond H.: Tort Liability of a Landlord, 26 Mich.L.Rev. 260 ff., 383 ff., 531 ff. (1928)
- Harper, Fowler V.: The Law of Torts, Vol. 2, Boston, Toronto 1956 (zitiert: "Harper & James, Torts")
- James, Fleming:
- Haupt, Günther: Über faktische Vertragsverhältnisse, in: Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Heinrich Siber Bd. II, 1 ff., Leipzig 1943
- Hawkins, Carl S.: Professional Negligence Liability of Public Accountants 12 Vand.L.Rev. 797 ff. (1959)
- Heiseke, Jürgen: Zur Schutzwirkung eines Schuldvertrages gegenüber dritten Personen, NJW 1960, 77 ff.
- Heldrich, Andreas: Der Deliktsschutz des Ungeborenen, JZ 1965, 593 ff.
- Hellmer, Joachim: Anmerkung zu BGH NJW 1974, 312, NJW 1974, 556 f.
- Hellwig, Konrad: Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899

- Hicks, John Forrester: The Contractual Nature of Real Property Leases, 24 Baylor L. Rev. 443 ff. (1972)
- Hippel, Eike von: Haftung für Schockschäden Dritter, NJW 1965, 1890 ff.
- Hohloch, Gerhard: Vorvertragliche Haftung nach culpa in contrahendo - Grundsätzen auch zugunsten Dritter? - BGHZ 66, 51, JuS 1977, 302 ff.
- Holmes, Oliver Wendell: The Common Law, Cambridge 1963 (zitiert: "Common Law")
- Holschbach, Ulrich: Risiken der Forderungseinziehung im Lastschriftverfahren, DB 1977, 1933 ff.
- Hursh & Bailey: American Law of Products Liability, 2d Ed., Vol. 1-5, Rochester N.Y., San Francisco 1974-1976
- Indritz, Tova: The Tenants' Rights Movement, 1 New Mexico L.Rev. 1 ff. (1971)
- James: Scope of Duty on Negligence Cases, 47 Nev.U.L.Rev. 778 ff. (1953)
- James, Fleming Jr.: Limitations on Liability for Economic Loss Caused by Negligence: A Pragmatic Appraisal, 25 Vand.L.Rev. 43 ff. (1972)
- Jayme, Erik: Die Familie im Recht der unerlaubten Handlungen, Frankfurt, Berlin 1971
- Johlen, Heribert: Schutzansprüche Dritter aus Verträgen, Diss. Köln 1964
- Johnson, Walter P. : Legal Science During the Last Century: United States, in: M. Rotondi: Inchieste di diritto comparato - 6, 295 ff., Padua 1976
- Katsoris, Constantine: Accountants' Third Party Liability - How Far Do We Go? 36 Fordham L.Rev. 191 ff. (1967)
- Keeton, Page: Major Doctrines of Tort Law Relevant to Medicolegal Litigation, 26 Tul.L.Rev. 355 f. (1952)

- Keeton, Robert: Creative Continuity in the Law of Torts, 75 Harv.L.Rev. 463 ff. (1962)
- Keeton, Robert: Conditional Fault in the Law of Torts, 72 Harv.L.Rev. 401 ff. (1959)
- Kessler, Friedrich: Die Fahrlässigkeit im nord-amerikanischen Deliktsrecht, unter vergleichender Berücksichtigung des englischen und deutschen Rechts, Berlin und Leipzig 1932 (zitiert: "Fahrlässigkeit")
- Kessler, Friedrich: Products Liability, 76 Yale L.J. 887 ff. (1967)
- Kessler, Friedrich: The Protection of the Consumer Under Modern Sales Law, Part 1. A Comparative Study, 74 Yale L.J. 262 ff. (1964)
- Kessler, Friedrich: Der Schutz des Vertrauens bei Vertragsverhandlungen in der neueren amerikanischen Rechtsprechung, in: Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, 873 ff., Tübingen 1978
- Kessler, Friedrich: Some thoughts on the evolution of the German law of contracts - a comparative study, Part 1., 22 UCLA L.Rev. 1066 ff. (1975)
- Kessler, Friedrich: Die soziale Funktion des Vertrages zugunsten Dritter im nord-amerikanischen Recht, in: Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Festschrift für Eduard Wahl, 81 ff., Heidelberg 1973 (zitiert: "Festschrift für E. Wahl")
- Kiralfy, A.K.R.: The Action on the Case, London 1951
- Kötz, Hein: Deliktsrecht, Frankfurt a.M. 1976
- Kollhosser, Helmut: Lohnfortzahlung, Schadensersatz und Regressinteressen beim Unfall eines Angestellten, AcP 166 (1966) 277 ff.
- Krauel, Otto: Stillschweigende Verträge zum Schutze Dritter, Diss. Hamburg 1951

- Kreß, Hugo: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, München 1929 (zitiert: "Allg.SchR")
- Kreuzer, Karl: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 28.1. 1976, BGHZ 66, 51 ff. JZ 1976, 778 ff.
- Krüger, Hildegard: Buchbesprechung, FamRZ 1957, 103 f.
- Kübler, Friedrich: Rechtsvergleichung als Grundlagen disziplin der Rechtswissenschaft, JZ 1977, 113 ff.
- Kümmeth, Klaus-Wilhelm: Die dogmatische Begründung des Rechtsinstituts des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, Diss. Würzburg 1976
- Landfermann, Hans-Georg: Der Kreis der unterhaltspflichtigen Personen im Europäischen Familien- und Sozialhilferecht, RabelsZ 35 (1971), 505 ff.
- Landis, James M.: The Legislative History of the Securities Act of 1933, 28 Geo. Wash.L.Rev. 29 ff. (1959)
- Langdell, C.C.: A Selection of Cases of the Law of Contracts, 2 ed., Part I and II, Boston 1879 (zitiert: "Cases on Contracts (2d)")
- Lange, Heinrich: Die Auswirkung von Leistungsstörungen beim echten Vertrag zugunsten Dritter im Rechtsbereich des Dritten, NJW 1965, 657 ff.
- Lange, Wolfgang-Dieter: Zur Abgrenzung des Vertrages zugunsten Dritter und der Drittschadensliquidation, Diss. Berlin 1956
- Larenz, Karl: Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., München 1975 (zitiert: "AT")
- Larenz, Karl: Anmerkung zu BGH NJW 1956, 1193 f., NJW 1956, 1193 f.
- Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., München 1976 (zitiert: "SchR I")
- Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil, 11. Aufl., München 1977 (zitiert: "SchR II")

- Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1975
- Larenz, Karl: Zur Schutzwirkung eines Schuldvertrages gegenüber Dritten Personen, NJW 1960, 78 ff.
- Lawson, L.H.: The Duty of Care in Negligence: A Comparative Study, 22 Tul.L. Rev. 111 ff. (1947)
- Lesar, Hiram H.: Landlord and Tenant Reform, 35 N.Y.U.L.Rev. 1279 ff. (1960)
- Lesar, Hiram H.: The Landlord - Tenant Relation in Perspective: From Status to Contract and Back in 900 Years?, 9 Kan.L.Rev. 369 ff. (1961)
- Levitin, Lloyd Alan: Accountants' Scope of Liability for Defective Financial Reports, 15 Hastings L.J. 436 ff. (1964)
- Line, David K.: Implied Warranties of Habitability and Fitness for Intended Use in Urban Residential Leases, 26 Baylor L. Rev. 161 ff. (1974)
- Lipksy & Neumann: Landlord - Tenant law in the United States and West Germany - A comparison of legal approaches 44 Tul.L.Rev. 36 ff. (1969)
- Littlefield, Neil: Some Thoughts on Products Liability Law: A Reply to Professor Shanker, 18 W.Res.L.Rev. 10 ff. (1966)
- Lorenz, Werner: Anmerkung zu BGH JZ 1961, 169, JZ 1961, 170 ff.
- Lorenz, Werner: Anmerkung zu BGH JZ 1966, 141 ff., JZ 1966, 143 ff.
- Lorenz, Werner: Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse - Grenzen zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung, JZ 1960, 108 ff.
- Lorenz, Werner: Einige rechtsvergleichende Bemerkungen zum gegenwärtigen Stand der Produkthaftungspflicht im deutschen Recht, RabelsZ 34 (1970), 14 ff.

- Lorenz, Werner: Länderbericht und rechtsvergleichende Betrachtung zur Haftung des Warenherstellers, in: Die Haftung des Warenherstellers, Verhandlungen der Fachgruppe für Zivilrechtsvergleichung anlässlich der Tagung für Rechtsvergleichung in Kiel 1965, 5 ff., Frankfurt 1966 (zitiert: "Haftung des Warenherstellers")
- Lorenz, Werner: Rechtsvergleichendes zur Haftung des Warenherstellers und Lieferanten gegenüber Dritten, in: Festschrift für Hermann Nottarp, 59 ff., Karlsruhe 1961
- Love, Jean C.: Landlord's liability for defective premises: Caveat lessee, negligence, or strict liability?, 1975 Wis.L.Rev. 19 ff.
- Lüderitz, Alexander: Auslegung von Rechtsgeschäften, Karlsruhe 1966
- Lüer, Hans-Jochem: Die Begrenzung der Haftung bei fahrlässig begangenen unerlaubten Handlungen, Karlsruhe 1969
- Macaulay, Stewart: Non-Contractual Relations in Business, A Preliminary Study, 28 Am.Soc.Rev. 55 ff. (1963)
- Macaulay, Stewart: Private Legislation and the Duty to Read - Business Run by IBM Machine, the Law of Contracts and Credit Cards, 19 VandL.Rev. 1051 ff. (1966)
- Macaulay, Stewart: The Use and Nonuse of Contracts in the Manufacturing Industry: a panel, 9 Practical Lawyer 13 ff. (1963)
- Mc Kean, Roland: Products Liability: Trends and Implications, 38 U.Chi.L.Rev. 3 ff. (1970)
- Mc Kibbin, Michael: The landlord's tort liability for injuries caused by defects upon the demised premises, 3 Pepperdine L.Rev. 132 ff. (1975)
- Mac Neil, Ian: The Many Futures of Contracts, 47 S.Cal.L.Rev. 691 ff. (1974)
- Marinelli, Arthur: The Expanding Scope of Accountants' Liability to Third Parties 23 Case W.Res.L.Rev. 113 ff. (1971)

- Marschall, Patricia: An Obvious Wrong Does Not Make a Right: Manufacturer's, 48 N.Y.U. L.Rev. 1065 ff. (1974)
- Marschall v. Bieberstein, Wolfgang Frhr.: Die Produkthaftungspflicht in der neueren Rechtsprechung der USA, Frankfurt 1975
- Medicus, Dieter: Bürgerliches Recht, 8. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1978
- Medicus, Dieter: Drittbeziehungen im Schuldverhältnis, JuS 1974, 613 ff.
- Medicus, Dieter: Zur Verantwortung des Geschädigten für seine Hilfspersonen, NJW 1962, 2081 ff.
- Miller, Richard L.: Public Accountants and Attorneys: Negligence and the Third Party, 47 Notre Dame Lawyer 588 ff. (1972)
- Morris, Clarence: Custom and Negligence, 42 Col.L. Rev. 1147 ff. (1942)
- Morris, Clarence: On Torts, Brooklyn 1953
- Morris, Clarence: Duty, Negligence and Causation, 101 U.Pa.L.Rev. 189 ff. (1952)
- Moskovitz: Rent Withholding and The Implied Warranty of Habitability - Some New Breakthroughs, 4 Clearinghouse Rev. 49 ff. (1970)
- Moskowitz: Landlord's Retention of Power to Control Premises, 15 Clev.-Mar.L.Rev. 579 ff. (1966)
- Mugdan, B.: Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1899
Band II: Recht der Schuldverhältnisse
- Murphy, Timothy J.: Newly Registered Securities and Accountant's Liability to Third Party Investors Under the Federal Securities Law, 5 Golden Gate L.Rev. 305 ff. (1975)
- Murray, Julie Brooks: To Repair or not to Repair: that is no longer the question, 14 Santa Clara Lawyer 356 ff. (1974)

- Murray, John Edward: On Contracts, A Revision of Grismore on Contracts, 2d ed., Indianapolis, New York 1974 (zitiert: "Contracts")
- Musielak, Hans-Joachim: Haftung für Rat Auskunft und Gutachten, Berlin, New York 1974
- Musielak, Hans-Joachim: Der praktische Fall, JuS 1975, 796 ff.
- Note: Contract Principles and Leases of Realty, 50 B.U.L.Rev. 24 ff. (1970)
- Note: Fakhoury v. Magner, From Caveat Emptor to Caveat Lessor-Strict Liability and the Landlord, 9 Cal.W.L.Rev. 547 ff. (1973)
- Note: Conflicts of Laws - Extra-Territorial Effect of Statute Imposing Liability on Lessor of Automobile, 29 Col.L.Rev. 210 ff. (1929)
- Note: Third Party Beneficiary Concept, 57 Col.L.Rev. 406 ff. (1957)
- Note: Strict Products Liability and the Bystander, 64 Col.L.Rev. 916 ff. (1964)
- Note: Accountants' Liabilities for False and Misleading Financial Statements, 67 Col.L.Rev. 1437 ff. (1967)
- Note: Judicial Expansion of Tenants' Private Law Rights: Implied Warranties of Habitability and Safety in Residential Urban Leases, 56 Cornell L.Rev. 489 ff. (1971)
- Note: Landlord and Tenant - Abolition of Basic Premise of Landlord Tort Immunity - Landlord's Duty to Tenant Governed Solely by Negligence Principles, 59 Cornell L.Rev. 1161 ff. (1974)
- Note: Landlord - Tenant: Contractual Basis for an Implied Warranty of Habitability in Land Premises, 77 Dick.L.Rev. 185 ff. (1972)

- Note: The Architect's Tort Liability for Personal Injury, 17 Drake L.Rev. 242 ff. (1968)
- Note: Implied Warranty of Habitability in Housing Leases, 21 Drake L. Rev. 300 ff. (1972)
- Note: Landlord - Tenant - Implied Warranty of Habitability, 38 Fordham L.Rev. 818 ff. (1970)
- Note: Landlord - Tenant Law - Tort Liability - Elimination of Landlord Freedom from Liability, 2 Fordham Urban L.J. 647 ff. (1974)
- Note: Landlord's Liability for Defect Premises, 29 Geo.L.J. 1046 ff. (1941)
- Note: Conflict of Laws - Remedies: Right of Action - Adoption of a Statute into a Contract, 42 Harv. L.Rev. 433 ff. (1929)
- Note: Lessor's Duty to Repair: Tort Liability to Persons Injured on the Premises, 62 Harv.L.Rev. 669 ff. (1949)
- Note: Enforcement of Municipal Housing Codes, 78 Harv.L.Rev. 801 ff. (1965)
- Note: Products Liability at the Threshold of the Landlord-Lessor, 21 Hastings L.J. 458 ff. (1970)
- Note: Landlord and Tenant: Defects Existing at the Time of the Lease, 35 Ind.L.J. 361 (1960)
- Note: Independent Contractor - Landlord's Liability - Landlord - contractee is vicariously liable to foreseeable business invitee of a tenant for personal injury resulting from the negligence of an independent contractor in making repairs on the leased premises, 52 J.Urban Law 601 ff. (1974)
- Note: Attorney's Negligence, 5 Lincoln L.Rev. 154 ff. (1970)

- Note: Tort Liability - *Cunis v. Brennan*, A defendant has no duty to protect a plaintiff injured by defendant's negligent conduct where plaintiff's injury was not reasonably foreseeable under the circumstances, 6 Loyola U.L.J. 482 ff. (1975)
- Note: Conflicts of Laws - Tort Obligations - Liability for Injury in One State under Statute of Another State, 27 Mich.L.Rev. 462 ff. (1929)
- Note: Torts - Negligence - Necessity for Duty to Plaintiff, 13 Minn. L.Rev. 397 ff. (1929)
- Note: Negligent Misrepresentation - Liability of Accountants to Third Parties - The Privity Requirement, 39 Mo.L.Rev. 466 ff. (1974)
- Note: Contracts - Third Party Beneficiaries - Donee, Creditor, and Incidental Beneficiaries, 27 N.D.L.Rev. 347 ff. (1951)
- Note: Landlord - Tenant - The Fall of Landlord Tort Immunity - *Sargent v. Ross*, 308 A. 2d 528 (1973), 35 Ohio St.L.J. 212 ff. (1974)
- Note: Landlord and Tenant - Products Liability - Landlord's Implied Warranty of Habitability Does Not Give Rise to Strict Tort Liability for Tenant's Personal Injuries -, 5 Seton Hall L.Rev. 409 ff. (1974)
- Note: Conflicts of Laws - Torts - Contracts - Automobiles - Remedies - Extra-Territorial Effect of Statutory Liability of Lessor of Automobile, 2 So. Cal.L.Rev. 304 ff. (1929)
- Note: Potential Liability of Accountants to Third Parties for Negligence, 41 St.John's L.Rev. 588 ff. (1967)

- Note: Landlord's liability for injuries caused by defect in premises which he promised but failed to repair, 42 Temple L.Q. 199 ff. (1969)
- Note: Contracts - Third Party Beneficiaries - Problems of Recovery And Control, Parks v. Prudential Ins.Co.of America, 103 F.Supp. 493 (E.D.Tenn. 1951), 31 Tex.L.Rev. 210 ff. (1952)
- Note: Torts - Professional Negligence - Accountants May Be Liable to Third Parties for Negligence, 50 Tex.L.Rev. 411 ff. (1972)
- Note: Negligence - Accountants are Liable to Third Parties for Failure to Exercise Reasonable Care, 3 Tex.Tech.L.Rev. 210 ff. (1971)
- Note: Landlord - Tenant: A Lease of Residential Property Contains an Implied Warranty of Habitability and Fitness, 4 Tex.Tech.L.Rev. 433 ff. (1973)
- Note: Landlord and Tenant - Torts - Landlord Must Exercise Reasonable Care Not to Subject Others to an Unreasonable Risk of Harm, 43 U.Cin.L.Rev. 218 ff. (1974)
- Note: Accountant's Liability to Third Parties for Negligence 23 U.Miami L.Rev. 256 ff. (1968)
- Note: The Negligent Accountant's Liability to Third Parties, 43 U.M.K.C.L.Rev. 121 ff. (1974)
- Note: Automobiles - Contracts - Statutory Liability of Lessor of Automobiles, 77 U.Pa.L.Rev. 410 ff. (1929)
- Note: Contracts - Third Party Beneficiary, 17 U.Pitt.L.Rev. 483 ff. (1956)
- Note: Contracts - Third Party Beneficiary - Contractor May Recover on Contract Between Railroads and State Where Railroads Agreed To Cooperate With Contractor

- Note: Third Party Beneficiaries and the Intention Standard, 54 Va.L. Rev. 1166 ff. (1968)
- Note: Tort Liability of a Landlord Out of Possession and Control, 9 W.Res.L.Rev. 206 ff. (1958)
- Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 37. Aufl., München 1978
- Peck, Cornelius J.: The Role of the Courts and Legislatures in the Reform of Tort Law, 48 Minn.L.Rev. 265 ff. (1963)
- Pollock & Maitland: The History of English Law, 2d ed., Cambridge 1898
- Pound, Roscoe: Interests of Personality, 28 Harv.L.Rev. 343 ff. (1915)
- Pound, Roscoe: Theory of Judicial Decision, 36 Harv.L.Rev. 940 ff. (1923)
- Powell: The Law of Real Property, 7 Bände, Loseblatt, New York 1969 ff.
- Preuss, Manfred: Vertragsbruch als Delikt im anglo-amerikanischen Recht. Die Entwicklungsgeschichte der Zweispurigkeit des Haftungsrechts und ihr Einfluß auf die Ersatzfähigkeit von Vermögensschäden, Heidelberg 1977 (zitiert: "Vertragsbruch als Delikt")
- Price, T.W.: The Conception of "Duty of Care" in the *Actio Legis Aquiliae*, 66 S.A.L.J. 171 ff. und 269 ff. (1949)
- Probert, Walter: Causation in Negligence Jargon, A Plea for Balanced Realism, 18 U.Fla.L.Rev. 369 ff. (1965)
- Probert, Walter: Creative Judicial Sanctioning: Application in the Law of Torts, 49 Iowa L.Rev. 277 ff. (1964)
- Prosser, William Lloyd: The Assault upon the Citadel (Strict Liability to the Consumer), 69 Yale L.J. 1099 ff. (1960)
- Prosser, William Lloyd: The Borderland of Tort and Contract, in: Selected Topics on the Law of Torts, 380 ff., Ann Arbor Mich. 1953 (zitiert: "Borderland")

- Prosser, William Lloyd: The Fall of the Citadel (Strict Liability to the Consumer), 50 Minn.L.Rev. 791 ff. (1966)
- Prosser, William Lloyd: Handbook of the Law of Torts, 4th ed., St. Paul, Minn. 1971 (zitiert: "Torts")
- Prosser, William Lloyd: Palsgraf Revisited, 52 Mich.L. Rev. 1 ff. (1953)
- Prosser, William Lloyd: Products Liability in Perspective, 5 Gonzaga L.Rev. 157 ff. (1970)
- Quinn & Phillips: The law of landlord-tenant: A critical evaluation of the past with guidelines for the future, 38 Fordham L.Rev. 225 ff. (1969)
- Raiser, Ludwig: Die Zukunft des Privatrechts, in: Die Aufgabe des Privatrechts, Aufsätze zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus drei Jahrzehnten, 208 ff., Kronberg 1977
- Rapacz, Max P.: Origin and Evolution of Constructive Eviction in the United States, 1 De Paul L.Rev. 69 ff. (1951)
- Reitz, Curtis: Book Review, The Death of Contract, 123 U.Pa.L.Rev. 697 (1975)
- Restatement (1st) of Contracts: Restatement of the Law of Contracts, Vol.1, St. Paul, Minn. 1932
- Restatement (2d) of Contracts: Restatement of the Law of Contracts (2d), Tentative Drafts Nr. 1-7, St. Paul, Minn. 1973
- Restatement (2d) of Property: Restatement of the Law, Second, Property, Landlord & Tenant, Tentative Draft Nr. 1, Philadelphia 1973, Tentative Draft Nr. 2, Philadelphia 1974
- Restatement (1st) of Torts: Restatement of the Law of Torts, First, in mehreren Bänden, St. Paul, Minn. 1934 ff.
- Restatement (2d) of Torts: Restatement of the Law, Second, Torts, in mehreren Bänden, St. Paul, Minn. 1966 ff.

- Reynolds, O.M.: The Reasonable Man of Negligence Law: A Health Report on the "Odious Creature", 23 Okla.L.Rev. 410 ff. (1970)
- RGRK: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, 12. Aufl., Band II, 1. Teil, §§ 241 - 413, Berlin, New York 1976
- Rheinstein, Max: Problems and Challenges of Contemporary Civil Law of Obligation, in: Essays in the civil law of obligation, 7 ff., Baton Rouge 1969 (zitiert: "Essays")
- Rheinstein, Max: Rechtswidrige Erzeugung menschlichen Lebens - ein neuer Grund deliktischer Haftung?, in: Festschrift für F. v. Hippel, 373 ff., Tübingen 1967
- Rheinstein, Max: Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht, Berlin 1932 (zitiert: "Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses")
- Roady & Andersen: Professional Negligence, Nashville, Tenn. 1960
- Roberts, E.F.: The Case of the Unwary Home Buyer: The Housing Merchant Did It, 52 Cornell L.Rev. 835 ff. (1967)
- Roquette, Hermann: Anmerkung zu RG JW 1935, 1768, JW 1935, 1769 f.
- Ruud, Millard H.: Manufacturers' Liability for Representations made by their Sales Engineers to Subpurchasers, 8 UCLA L.Rev. 251 ff. (1961)
- Sandrock, Otto: Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht, Köln, Opladen 1966
- Schaber & Rohwer: Contracts in a Nutshell, St. Paul, Minn. 1975
- Schlechtriem, Peter: Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, Frankfurt 1972

- Schmidt, Eike: Schockschäden Dritter und adäquate Kausalität, MDR 1971, 538 ff.
- Schmidt-Salzer, Joachim: Produkthaftung im französischen, belgischen, deutschen, schweizerischen, englischen, kanadischen und US-amerikanischen Recht sowie in rechtspolitischer Sicht, Berlin 1975 (zitiert: "Produkthaftung")
- Schoshinski, Robert S.: Remedies of the Indigent Tenant: Proposal for a Change, 54 Geo. L.J. 519 ff. (1966)
- Seavey, Warren A.: Mr. Justice Cardozo and the Law of Torts, 52 Harv.L.Rev. 372 ff.; 48 Yale L.J. 390 ff.; 39 Col.L.Rev. 20 ff. (1939)
- Seavey, Warren A.: Negligence - Subjective or Objective?, 41 Harv.L.Rev. 1 ff. (1927)
- Seavey, Warren A.: Principles of Torts, 56 Harv.L. Rev. 72 ff. (1942)
- Seavey, Warren A.: Reliance Upon Gratuitous Promises or Other Conduct, 64 Harv.L. Rev. 913 ff. (1951)
- Selb, Walter: Schädigung des Menschen vor Geburt - ein Problem der Rechtsfähigkeit?, AcP 166 (1966), 76 ff.
- Shanker, Morris G.: Pigeonholes, Privity, and Strict Products Liability, 21 Case W. Res.L.Rev. 772 ff. (1970)
- Shanker, Morris G.: Strict Tort Theory of Products Liability and the Uniform Commercial Code: A Commentary on Jurisprudential Eclipses, Pigeonholes and Communication Barriers, 17 W.Res.L.Rev. 55 ff. (1965)
- Shapo, Marshall: A representational theory of consumer protection: Doctrine, function and legal liability for product disappointment, 60 Va.L. Rev. 1113 ff. (1974)
- Shearman & Redfield: A Treatise on the Law of Negligence, revised edition by Clarence Zipp, Vol. 1-5, New York 1941

- Simpson, Laurence P.: Handbook of the Law of Contracts, 2d ed., St. Paul, Minn. 1965 (zitiert: "Contracts")
- Skillern, Frank F.: Implied Warranties in leases: The Need for a Change, 44 Denver L.J. 387 ff. (1967)
- Smith, J. Denson: Third Party Beneficiaries in Louisiana: The Stipulation Pour Autrui, 11 Tul.L.Rev. 18 ff. (1936)
- Smith, Raymond: The Economic Loss Cases - The Light at the End of the Tunnel?, Journal of Business Law 1974, 119 ff.
- Söllner, Alfred: Mietvertragliche Sachmängelhaftung des Grundstückserwerbers gegenüber Dritten - BGHZ 49, 350, JuS 1970, 159 ff.
- Soergel,Theodor - Siebert, Wolfgang: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. II, §§ 241 - 610, 10. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967
- Solomon, Kenneth Ira: Ultramares Revisited: A Modern Study of Accountants' Liability to the Public, 18 De Paul L.Rev. 56 ff. (1968)
- Special Project: Special Project, Development in Contemporary Landlord - Tenant Law: An annotated Bibliography, 26 Vand.L.Rev. 689 ff. (1973)
- Speidel, Richard E.: An Essay on the Reported Death and Continued Vitality of Contract, 27 Stan.L.Rev. 1161 ff. (1975)
- Speidel, Richard E.: Contract Law: Some Reflections Upon Commercial Context and the Judicial Process, 1967 Wis.L.Rev. 821 ff.
- Speidel, Richard E.: Products Liability, Economic Loss and the UCC, 40 Tenn.L.Rev. 309 ff. (1973)
- Speidel, Richard E.: The Virginia "Anti-Privacy" Statute: Strict Products Liability Under the Uniform Commercial Code, 51 Va.L.Rev. 804 ff. (1965)

- Staudinger: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 11. Aufl., Band II: Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 b, § 242, Berlin 1961.
- Stoll, Heinrich: Abschied von der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen. Betrachtungen zum dreißigjährigen Stand der Lehre, AcP 136 (1932/33), 257 ff.
- Stoll, Heinrich: Die Lehre von den Leistungsstörungen, Tübingen 1936 (zitiert: "Leistungsstörungen")
- Stone, Ferdinand: Comment, in: Essays on the civil law of obligations, 104 ff., Baton Rouge 1969 (zitiert: "Essays")
- Street, Harry: Tort Liability of the State - the Federal Tort Claims Act and the Grown Proceedings Act, 47 Mich.L.Rev. 341 ff. (1949)
- Stuckart, Werner: Drittersatzansprüche, Mainz 1964
- Summers, Frank W.: Some Merits of Civil Jury Trials, 39 Tul.L.Rev. 3 ff. (1964)
- Symposium: Products Liability, 57 Marquette L.Rev. 623 ff. (1974)
- Terry, Henry T.: Proximate Consequences in the Law of Torts, 28 Harv. L.Rev. 10 ff. (1914)
- Terry, Henry T.: Negligence, 29 Harv.L.Rev. 40 ff. (1915)
- Thiele, Wolfgang: Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967, 649 ff.
- Thompson, George W.: Commentaries on the Modern Law of Real Property, Vol. 1-12, Indianapolis 1939 - 1959
- Titus, Herbert: Restatement (2d) of Torts Section 402 A and the Uniform Commercial Code, 22 Stan.L.Rev. 713 ff. (1970)

- Traynor, Roger: The Ways and Meanings of Defective Products and Strict Tort Liability, 32 Tenn.L.Rev. 363 ff. (1965)
- Uhlenbruck, Wilhelm: Die rechtlichen Auswirkungen der neuen Bundespflegegesetzverordnung auf den Krankenhausaufnahmevertrag, NJW 1973, 1399 ff.
- Webster: Webster's Third New International Dictionary of the English Language, Springfield Mass. 1961
- Wegener, Selina: Zur Problematik der Drittschadenshaftung auf Grund von Vertragsverletzungen, Diss. Göttingen 1967
- Weimar, Wilhelm: Der Geschäftsraummietvertrag mit Schutzwirkung für Dritte, NJW 1959, 1860 f.
- Westermann, Harm Peter: BGB-Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Karlsruhe und Heidelberg 1976 (zitiert: "Schwerpunkte SchR AT")
- Westphalen, Friedrich Graf von: Die Haftung des Warenherstellers im amerikanischen Recht und der Uniform Commercial Code, Heidelberg 1969
- Weyer, Friedhelm: Mietvertrag und Schutzwirkung für Dritte in der Rechtsprechung des BGH, BB 1972, 339 ff.
- Whittier, Clarke B.: Contract beneficiaries, 32 Yale L.J. 790 ff. (1922/23)
- Wichelhaus, Peter: Die Ersatzansprüche der Angehörigen des Geschädigten im amerikanischen Deliktsrecht. - Rechtsvergleichende Untersuchungen zu den §§ 844 - 846 BGB -, Diss. Münster 1977
- Wieacker, Franz: Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag Bd. 1, 783 ff., München 1965
- Wieder, Hans Arno: Schadensersatzansprüche Dritter im englischen Recht unter Berücksichtigung des amerikanischen Rechts. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Problem der Liquidation des Drittschadens, Diss. Mainz 1959

- Williston, Samuel: The Law of Contracts, 1st ed., New York 1924 (zitiert: "Contracts (1st)")
- Williston, Samuel: A Treatise on the Law of Contracts, 3. Aufl. von Walter H.E. Jaeger, Bd. 2, Mount Kisco N.Y. 1959
Bd. 9, Mount Kisco N.Y. 1967 (zitiert: "Contracts")
- Wilson & Slade: A Re-examination of Remoteness, 15 Mod.L.Rev. 458 ff. (1952)
- Winfield, Percy H.: Duty in Tortious Negligence, 34 Col.L.Rev. 41 ff. (1934)
- Winfield, Percy H.: The History of Negligence in the Law of Torts, 42 L.Q.Rev. 184 ff. (1926)
- Witherspoon, Gibson: Architects' and Engineers' Tort Liability, 16 Defense L.J. 408 ff. (1967)
- Wolf, Ernst: Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen, in: Wolf-Naujoks, Frankfurt 1965
- Woodbine, George E.: The Origins of the Action of Trespass, 33 Yale L.J. 799 ff. (1933), 34 Yale L.J., 343 ff. (1934)
- Wylie, J.C.W.: Contracts and Third Parties, 17 N.Ir.L.Q. 351 ff. (1966)
- Zirkel, Adam: Anmerkung zu BGH NJW 1956, 1193 f., NJW 1956, 1675 f.
- Zollmann, Carl: Damage Liability of Charitable Institutions, 19 Mich.L.Rev. 394 ff. (1921)
- Zunft, Fritz: Erfüllungsgehilfen und Vertrag zugunsten Dritter im Mietrecht, AcP 153 (1954), 373 ff.
- Zunft, Fritz: Wie ist das Vorliegen eines echten Vertrages zugunsten Dritter mit Schutzwirkungen für Dritte festzustellen?, MDR 1960, 543 ff.
- Zweigert, Konrad -
Kötz, Hein: Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Bd. I: Grundlagen, Tübingen 1971

A b k ü r z u n g s v e r z e i c h n i s

A.	Atlantic Reporter
A. 2d	Atlantic Reporter, Second Series
a.A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
ABGB	(Österreichisches) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
A.C.	Law Reports, Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
aff'd	affirmed
aff'd mem.	affirmed per memorandum
Agr.	Agricultural
Ala.	Alabama, Alabama Reports
Alaska	Alaska Reports
All E.Rep..	All England Law Reports
A.L.R.	American Law Reports Annotated
A.L.R. 2d	American Law Reports Annotated, Second Series
A.L.R. 3d	American Law Reports Annotated, Third Series
Ambl.	Ambler's Chancery Law Reports (Eng.)
Am.Dec.	American Decisions
Am.Jur. 2d	American Jurisprudence, Second Series
Am.Soc.Rev.	American Sociological Review
Anm.	Anmerkung
app.	appealed
App. D.C.	Appeal Cases, District of Columbia
App. Div.	Appellate Division Reports, New York Supreme Court
App. T.	Supreme Court, Appellate Term
Ariz.	Arizona, Arizona Reports
Ariz.App.	Court of Appeals of Arizona
Ark.	Arkansas, Arkansas Reports

Ark. L. Rev.	Arkansas Law Review
Art.	Artikel
Arts.	Articles
Ass'n.	Association
B & Ad.	Barnewall and Adolphus' English King's Bench Reports
Baylor L. Rev.	Baylor Law Review
BB	Betriebsberater
B.C. Ind. & Com.	Boston College Industrial and Commercial Law Review
L.Rev.	
Bd.	Band
Best. & S.	Best and Smith's Reports, English Q.B.
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichts- hofes in Zivilsachen
Bot. Co.	Bottling Company
Brooklyn L. Rev.	Brooklyn Law Review
Bros.	Brothers
B.U.L.Rev.	Boston University Law Review
bzgl.	bezüglich
C.A.	Court of Appeal(s) (Engl.)
Cal.	California, California Reports
Cal. 2d	California Reports, Second Series
Cal. App.	California Appellate Reports, California Appellate Court
Cal. App. 2d	California Appellate Reports, Second Series
Cal. App. 3d	California Appellate Reports, Third Series
Cal. Civ. Code	California Civil Code
Cal. Dist. Ct. App.	California District Court of Appeal
Cal.L.Rev.	California Law Review
Cal. Rptr.	California Reporter
Cal.W.L.Rev.	California Western Law Review
Can. Bar. Rev.	Canadian Bar Review
Cas. Co.	Casualty Company

Case W.Res.L.Rev.	Case Western Reserve Law Review
C.B. (n.s.)	English Common Bench Law Reports, new series
CCH	Commerce Clearing House
CCH Pov.L.Rep.	CCH Poverty Law Reporter
cert.den.	certiorari denied
C.F.R.	Code of Federal Regulations
Ch.Div.	Chancery Division Law Reports (Engl.)
Chap.	Chapter
Cir.	Circuit Court of Appeals (federal)
Civ. Ct.	Civil Court
C.J.	Chief Judge
Clearinghouse	Clearinghouse Review
Rev.	
Clev.-Mar. L.Rev.	Cleveland-Marshall Law Review
Co.	Company
Col.L.Rev.	Columbia Law Review
Colo.	Colorado
Conn.	Connecticut, Connecticut Reports
Conn.Gen.Stat.	Connecticut General Statutes
Ann.	Annotated
Conn.Supp.	Connecticut Supplement
Const.Co.	Construction Company
Coop.	Cooperative
Cornell L.Rev.	Cornell Law Review
Corp.	Corporation
C.P.	Court of Common Pleas (Engl.)
Ct.	Court
Ct.App.	Court of Appeal(s) (state)
Ct.Err. & App.	Court of Errors and Appeals
Cush.	Cushing's Massachusetts Reports
D.	District Court (federal)
DB	Der Betrieb
D.C.	District Court, District of Columbia
Defense L.J.	Defense Law Journal
Del.	Delaware, Delaware Reports

Del. Super.	Delaware Superior Court
Denver L.J.	Denver Law Journal
De Paul L.Rev.	De Paul Law Review
Dept.	Department
ders.	derselbe(n)
Dick.L.Rev.	Dickinson Law Review
Dist.	District
Dist.Ct.App.	District Court of Appeal
Dist.Tel.Co.	District Telephone (-graph) Company
Drake L.Rev.	Drake Law Review
E.D.	Eastern District
Elec.Co.	Electric Company
Elec. Mfg. Co.	Electric (ity, al) Manufacturing Company
Eng.Rep.	English Reports
Eng. Rul.Cas.	English Ruling Cases
Equip.	Equipment
Ex.	Court of Exchequer
Exch.	Exchequer Reports; English Law Reports, Exchequer; English Exchequer Reports
f.	für, folgende
F.	Federal Reporter
F. 2d	Federal Reporter, Second Series
F. & A.M.	Free & Accepted Ancient Masons
Fam RZ	Zeitschrift für das gesamte Familien- recht (1954-1961: Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht)
ff.	folgende
Fla.	Florida, Florida Reports
Fn.	Fußnote(n)
Fordham L.Rev.	Fordham Law Review
Fordham Urban L.J.	Fordham Urban Law Journal
F. Supp.	Federal Supplement

Ga.	Georgia, Georgia Reports
Ga.App.	Georgia Appeals Reports
Ga.Code Ann.	Georgia Code Annotated
G.C.Inc.	General Contractors Incorporated
Geo.L.J.	Georgetown Law Journal
Geo.Wash.L.Rev.	George Washington Law Review
Golden Gate L.Rev.	Golden Gate Law Review
Gonzaga L.Rev.	Gonzaga Law Review
grds.	grundsätzlich.
h.A.	herrschende Ansicht
Hastings L.J.	Hastings Law Journal
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
Hawaii	Hawaii Reports
Het.	Hetley's English Common Pleas Reports
HGB	Handelsgesetzbuch
Idaho	Idaho Reports
I.L. & H.R.	Industry, Labour & Human Relations
Ill.	Illinois, Illinois Reports
Ill. 2d	Illinois Reports, Second Series
Ill.App.	Illinois Appellate Court Reports
Ill. App. 2d	Illinois Appellate Court Reports, Second Series
Ill.App.3d	Illinois Appellate Court Reports, Third Series
Ill.L.Rev.	Illinois Law Review
Inc.	Incorporated
Ind.	Indiana, Indiana Reports
Ind.App.	Indiana Appellate Court Reports
Ind. L.J.	Indiana Law Journal
Ins. Co.	Insurance Company
Ins. Counsel J.	Insurance Counsel Journal
Inst. for Sav.	Institute for Savings
Intern.	International
Iowa	Iowa Reports
Iowa L.Rev.	Iowa Law Review

i.S.d.	im Sinne des (der)
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
J.	Judge
JBl	Juristische Blätter
J.Leg.Ed.	Journal Legal Education
J.of Business Law	Journal of Business Law
JR	Juristische Rundschau
J. Urban Law	Journal of Urban Law
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kan.	Kansas, Kansas Reports
Kan.L.Rev.	Kansas Law Review
K.B.	King's Bench
Ky.	Kentucky, Kentucky Reports
La..	Louisiana, Louisiana Reports
La.App.	Court of Appeals of Louisiana
La.Civ.Code Ann.	Louisiana Civil Code Annotated
Land and Water	Land and Water Law Review
L.Rev.	
L.Ed.	Lawyers' Edition, United States, Supreme Court Reports
Lev.	Levinz's Reports, English King's Bench
Lincoln L.Rev.	Lincoln Law Review
L.J.Q.B.	Law Journal Reports, Queen's Bench
Loyola U.L.J.	Loyola University Law Journal
L.R.	Law Reports (Engl.)
L.Q.Rev.	Law Quarterly Review
Ltd.	Limited
Luft VG	Luftverkehrsgesetz
M. & W.	Meeson and Welsby 's Reports, English Exchequer
Mach.	Machine (ry)
Marquette L.Rev.	Marquette Law Review
Mass.	Massachusetts, Massachusetts Reports

Mass.L.Q.	Massachusetts Law Quarterly
Md.	Maryland, Maryland Reports
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Me.	Maine, Maine Reports
Mich.	Michigan, Michigan Reports
Mich.App.	Michigan Appeal Reports, Court of Appeal of Michigan
Mich.Comp.Laws	Michigan Compiled Laws
Mich.L.Rev.	Michigan Law Review
Mich.Stat.Ann.	Michigan Statutes Annotated
Mfg.	Manufacturer
Minn.	Minnesota, Minnesota Reports
Minn.L.Rev.	Minnesota Law Review
Misc.	New York Miscellaneous, First Series
Misc. 2d	New York Miscellaneous, Second Series
Miss.	Mississippi, Mississippi Reports
M.L.J.Co.	Mutual Life Insurance Company
Mo.	Missouri, Missouri Reports
Mo.Ct.App.	Court of Appeals of Missouri
Mod.L.Rev.	Modern Law Review
Mo.L.Rev.	Missouri Law Review
Mont.	Montana, Montana Reports
Mont.Rev.Codes Ann.	Revised Codes of Montana Annotated
Mun.Ct.App.	Municipal Court of Appeals
Mut.Cas.Co.	Mutual Casualty Company
Mut.Ins.Co.	Mutual Insurance Company
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Nat.	National
Nat.Ry.Co.	National Railway Company
N.C.	North Carolina, North Carolina Reports
N.C.App.	North Carolina Court of Appeals Reports
N.D.L.Rev.	North Dakota Law Review
N.E.	North Eastern Reporter
N.E. 2d	North Eastern Reporter, Second Series
Neb.	Nebraska, Nebraska Reports

Nev.	Nevada, Nevada Reports
Nev.U.L.Rev.	Nevada University Law Review
New Mexico L.Rev.	New Mexico Law Review
N.H.	New Hampshire, New Hampshire Reports
N.H. & H.R. Co.	New Haven & Hartford Railroad Company
N. Ir. L.Q.	Northern Ireland Legal-Quarterly
N.J.	New Jersey, New Jersey Reports
N.J.L.	New Jersey Law
N.J. Stat.Ann.	New Jersey Statutes Annotated
N.J.Super	New Jersey Superior Court Reports
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N.M.	New Mexico, New Mexico Reports
N.W.	North Western Reporter
N.W. 2d	North Western Reporter, Second Series
N.Y.	New York, New York Court of Appeals Reports
N.Y. 2d	New York Court of Appeals Reports, Second Series
N.Y. City Ct.	New York City Court
N.Y. Law Forum	New York Law Forum
N.Y. Mult.Dwell. (Mc Kinney)	New York Multiple Dwelling (Mc Kinney's Consolidated Laws)
N.Y.S.	New York Supplement
N.Y.S. 2d	New York Supplement, Second Series
N.Y.U. L.Rev.	New York University Law Review
Ohio App.	Ohio Appellate Reports
Ohio App. 2d	Ohio Appellate Reports, Second Series
Ohio St.	Ohio State Reports
Ohio St. 2d	Ohio State Reports, Second Series
Ohio St.L.J.	Ohio State Law Journal
Okla.	Oklahoma, Oklahoma Review
Okla.L.Rev.	Oklahoma Law Review
Okla.Stat.Ann.	Oklahoma Statutes Annotated
OLG	Oberlandesgericht
Or.	Oregon

OR	Schweizerisches Obligationen- recht
P.	Pacific Reporter
P. 2d	Pacific Reporter, Second Series
Pa.	Pennsylvania, Pennsylvania Reports
Pac.Ry.Co.	Pacific Railway Company
Pa.Super.Ct.	Pennsylvania Superior Court Reports
Pa.Stat.Ann.	Pennsylvania Statutes Annotated
P.C.	Professional Company
Pepperdine L.Rev.	Pepperdine Law Review
Prod.Liab.Rep.	Products Liability Reporter, s. auch CCH
Pub. Serv. Co.	Public Service Company
O.B.	Queen's Bench
Q.B.D.	Queen's Bench Division
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
R.I.	Rhode Island, Rhode Island Reports
R.R.	Railroad, Rail Road Reports
SA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deut- schen Staaten
S.A.L.J.	South Africa Law Journal
San Diego L.Rev.	San Diego Law Review
S.C.	South Carolina, South Carolina Reports
S.Cal.L.Rev.	siehe So.Cal.L.Rev.
S.Ct.	Supreme Court Reporter
S.D.	Southern District (vor der jew. Abkürzung des Bundes- staates)

S.D.	South Dakota, South Dakota Reports Southern District
S.E.	South Eastern Reporter
S.E. 2d	South Eastern Reporter, Second Series
Sec.	Securities
Seton Hall L.Rev.	Seton Hall Law Review
So.	Southern Reporter
So. 2d	Southern Reporter, Second Series
So.Cal.L.Rev.	Southern California Law Review
Stan.L.Rev.	Stanford Law Review
Stat.Ann.	Statutes Annotated
St.John's L.Rev.	St. John's Law Review
StVG	Straßenverkehrsgesetz
Supp.	Supplement
S.W.	South Western Reporter
S.W. 2d	South Western Reporter, Second Series
S.W.L.J.	South Western Law Journal
Syracuse L.Rev.	Syracuse Law Review
Teleph. & Teleg. Co.	Telephone & Telegraph Company
Temple L.Q.	Temple Law Quarterly
Tenn.	Tennessee, Tennessee Reports
Tenn.App.	Tennessee Appeals Reports
Tenn.L.Rev.	Tennessee Law Review
Tent.Draft	Tentative Draft
Tex.	Texas, Texas Reports
Tex.Civ.App.	Texas Civil Appeal Reports, Texas Court of Civil Appeals
Tex.Ct.App.	Texas Court of Appeals, Texas Court of Appeals Reports
Tex.L.Rev.	Texas Law Review
Tex.Tech.L.Rev.	Texas Tech Law Review
tit.	title
T. & S.F.Ry.Co.	Topika & Santa-Fe Railway Company
Tul.L.Rev.	Tulane Law Review

u.a.	unter anderem(n)
U.Chi.L.Rev.	University of Chicago Law Review
U.Cin.L.Rev.	University of Cincinnati Law Review
UCLA L.Rev.	University of California Los Angeles Law Review
U.Fla.L.Rev.	University of Florida Law Review
U.Miami L.Rev.	University of Miami Law Review
U.M.K.C.L.Rev.	University of Missouri-Kansas City Law Review
U.Pa.L.Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U.Pitt.L.Rev.	University of Pittsburgh Law Review
U.Richmond L.Rev.	University of Richmond Law Review
Urt.	Urteil
U.S.	United States, United States Supreme Court Reports
U.S.C.	United States Code
Utah	Utah Reports
Utah 2d	Utah Reports, Second Series
Va.	Virginia, Virginia Reports
Valparaiso U.L.Rev.	Valparaiso University Law Review
Va.L.Rev.	Virginia Law Review
Vand.L.Rev.	Vanderbilt Law Review
VersR	Versicherungsrecht Juristische Rundschau f.d. Indivi- dualversicherung
Vgl.	Vergleiche
Vill.L.Rev.	Villanova Law Review
Vol.	Volume
Vt.	Vermont, Vermont Reports
Wall (U.S.)	Wallace
Wash.	Washington, Washington Reports
Wash. 2d	Washington Reports, Second Series
Wash. App.	Washington Appellate Reports
Wash. & Lee L.Rev.	Washington and Lee Law Review
W.D.	Western District (vor der jeweiligen Abkürzung des Bundesstaates)

Wis.	Wisconsin, Wisconsin Reports
Wis. 2d	Wisconsin Reports, Second Series
Wis.L.Rev.	Wisconsin Law Review
W.Res.L.Rev.	siehe Case W.Res.L.Rev.
writ den.	writ denied
W.Va.	West Virginia, West Virginia Reports
W.Va.L.Rev.	West Virginia Law Review
Wyo.	Wyoming
Yale.L.J.	Yale Law Journal
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZgesStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
z.T.	zum Teil

A Einleitung

Die ständige Wechselbeziehung und gegenseitige Abhängigkeit zwischen dem Inhalt vertraglicher wie deliktischer Regeln und der jeweiligen sozioökonomischen Struktur der Gesellschaft ¹⁾ haben gerade während der vergangenen drei Jahrzehnte zu einem deutlichen Wandel des Delikts- und Vertragsrechts geführt.

Wenn auch die vielschichtigen und weitreichenden Änderungen und neuen Tendenzen speziell im Deliktsrecht zu einer eingehenden Diskussion Anlaß gäben ²⁾, sollen hier nur die Ausgestaltung und insoweit Ausdehnung des Systems der deliktischen Tatbestände einerseits, sowie die Einbeziehung zahlreicher typischer Deliktstatbestände in das Vertragsrecht andererseits interessieren.

Mangels eines generellen Deliktstatbestandes im deutschen Recht ³⁾ können Sorgfaltspflichtverletzungen als solche nicht wegen Verstoßes gegen eine bestimmte Norm entschädigt werden. Eine unvollkommene gesetzliche Regelung ist auch im Hinblick auf den Schutz der Persönlichkeit und die Sicherung wirtschaftlicher Betätigung festzustellen. ⁴⁾ Diese Lücken wurden im Laufe der Zeit durch die gerichtliche Praxis ausgefüllt, sei es durch Herausarbeitung von Verkehrssicherungspflichten, die Anerkennung eines "Allgemeinen Persönlichkeitsrechts" oder des "Rechts am Unternehmen." ⁵⁾

1) Die Aufgabe und Bedeutung der Rechtsvergleichung bei der Betrachtung bzw. Analyse dieses Verhältnisses betont Kötz, 23.

2) Vgl. grundlegend zu den wesentlichen Fragen der Wandlungen des Deliktsrechts: v. Caemmerer, Wandlungen, 49 ff.

3) Im Gegensatz beispielsweise zu Art. 1382, 1383 code civil; § 1295 österr. ABGB; Art. 41 des schweizerischen OR; Art. 2043 codice civile; vgl. auch Kötz, 36 ff.

4) Vgl. v. Caemmerer, Wandlungen, 49 ff. (71).

5) Die Rechtsprechung beschränkt sich bei der Konkretisierung des "Rechts am Unternehmen" auf bestimmte Fallgruppen, so daß diesbzgl. von einem umfassenden Unternehmensschutz-Recht nicht gesprochen werden kann. Vgl. dazu Fikentscher § 103 II 1 (620 ff.).

Das dem deutschen System der Deliktstatbestände zugrunde liegende Enumerationsprinzip wurde damit durchbrochen, nachdem es vom Gesetzgeber mit der Aufzählung der drei gattungsmäßig ausgestalteten Haftungsgründe ohnehin nicht strikt eingehalten worden war.

Neben dieser Ausgestaltung des Systems der Deliktstatbestände ist auffällig die Einbeziehung typischer deliktischer Tatbestände in das Vertragsrecht, um so über gewisse Unzulänglichkeiten des Deliktsrechts hinwegzuhelfen ¹⁾ und die Vorteile der Vertragshaftung zu erlangen. Bezweckt wird vor allem eine Umgehung der unbefriedigenden Gehilfenhaftung im Deliktsrecht (§ 831 BGB) durch die Anwendungsmöglichkeit des § 278 BGB, eine Umgehung der dreijährigen deliktischen Verjährungsfrist (§ 852 BGB) durch die in der Regel längeren Verjährungsfristen im Vertragsrecht ²⁾ sowie eine erleichterte Beweislastverteilung bei der vertraglichen Haftung, sofern man die Beweisregeln der §§ 282, 285 BGB allgemein im Vertragsrecht für anwendbar hält ³⁾. Dem Anspruchsberechtigten entgehen dadurch nicht die Vorteile einer deliktischen Haftung des Schädigers, wie im Bereich der immateriellen Schäden der Anspruch auf Schmerzensgeld gemäß § 847 BGB. Eine vertragliche Haftung schließt eine deliktische Haftung des Schädigers nach h.A. grundsätzlich nicht aus ⁴⁾. Summarisch bleibt

1) Vgl. Hohloch, JuS 1977, 302 ff. (304); Kreuzer, JZ 1976, 778 ff. (780) vertritt hingegen die Ansicht, daß das Deliktsrecht in seiner heutigen fortgebildeten Fassung zu angemessenen Konfliktlösungen komme.

2) Gem. § 195 BGB grds. in 30 Jahren, Ausnahmen sind jedoch nicht selten.

3) Vgl. zu der Beweislastverteilung ausführlich Stuckart, 18 f.; zur umstrittenen Frage der Anwendbarkeit der §§ 282, 285 BGB im vertraglichen Schadensersatzrecht: Erman-Battes, § 282, Rdn. 6; Palandt-Heinrichs, § 282, Anm. 2 m.w.N. der Rspr.; Soergel-Reimer-Schmidt, Vor § 275, Rdn. 41; Larenz, SchR I, § 24 I b (301 ff.); Stuckart, 18 f.; Schlechtriem, 308, insbesondere Fn. 81; eingehend zum Prozeßverhalten des Geschädigten Medicus, NJW 1962, 2081 ff. (2084).

4) Vgl. zu dieser streitigen Frage die ausführliche Darstellung des Meinungsstandes bei Schlechtriem, 27 ff. m.w.N., sowie 443 f.; weiterhin Stuckart, 20, jedoch ohne Hinweis auf die vorhandene Problematik.

festzuhalten, daß sich Haftungsansprüche aus Vertrag häufig in ihren Voraussetzungen, aus Delikt überwiegend in ihrem Umfang für den Geschädigten als vorteilhaft erweisen ¹⁾.

Die für den Anspruchsberechtigten entstandene Position ist somit eine Kombination der Vorzüge von Vertrags- und Deliktsrecht ²⁾.

Die hier skizzierte Einbeziehung von Tatbeständen des Deliktsrechts in das Vertragsrecht ist in der Institutionalisierung der Haftung für Schutzpflichtverletzungen zum Ausdruck gekommen. Das zeigen u.a. die Konstruktionen der "positiven Forderungsverletzung", der culpa in contrahendo ³⁾, der Drittschadensliquidation sowie des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte in formaler Anlehnung an den Vertrag zugunsten Dritter ⁴⁾.

Im Hinblick auf die nachfolgenden rechtsvergleichen- den Betrachtungen zu dem geschützten Personenkreis bei Fällen, die denen des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte gleichen oder zumindest ähnlich gelagert sind, soll schon an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, daß es sich auch in anderen Rechtsordnungen - so u.a. im amerikanischen Recht - im wesentlichen um Deliktstatbestände handelt.

Grundlage und gewissermaßen Voraussetzung für die angesprochene Einbeziehung deliktischer Tatbestände in das Vertragsrecht war eine gleichzeitige Neuorientierung hinsichtlich der Struktur des Schuldverhältnisses. Dieses wurde nicht mehr als abstraktes Normengefüge gesehen ⁵⁾, sondern als ein im Laufe der Zeit sich

1) Vgl. Lorenz JZ 1960, 108 ff. (109); Kümmeth, 12.

2) S. auch Lorenz, JZ 1960, 108 ff. (109).

3) Ohne hier auf den rein begrifflichen Streit einzugehen, ob von einem "gesetzlichen Schuldverhältnis", einem "vorvertraglichen Schuldverhältnis" oder von einem "vertragsähnlichen Vertrauensverhältnis" gesprochen werden muß.

4) Vgl. v. Caemmerer, Wandlungen, 49 ff. (56).

5) Vgl. dazu Fabricius, JZ 1967, 464 ff. (470).

ständig entwickelnder Vorgang bzw. Prozeß, von dem bestimmte Pflichten - unterschiedlicher Intensität - für die Parteien ausgingen.

Die dogmatische Ausgestaltung dieser Pflichten geht wesentlich auf Heinrich Stoll ¹⁾ zurück, der wohl zuerst grundlegend eine Unterscheidung zwischen den das Schuldverhältnis beherrschenden und kennzeichnenden Hauptpflichten des Schuldners und weiteren Pflichten getroffen hat, die er "Schutzpflichten" nannte.

Inzwischen hat die Rechtsdogmatik mannigfaltige Vorschläge für eine Einordnung und Systematisierung der besonderen Pflichten gegeben. Allgemein anerkannt ist eine Unterteilung in Haupt- und Nebenpflichten ²⁾. Während fast einhellig unter Hauptleistungspflichten ³⁾ diejenigen Pflichten verstanden werden, an deren Erfüllung der Schuldner gesetzestypisch oder dem speziellen Vertrag entsprechend ein besonders starkes Interesse hat ⁴⁾, bestehen Meinungsunterschiede über Bezeichnung, Systematisierung, Einordnung und Umfang der Nebenpflichten, die ihrerseits die positiv-rechtliche Grundlage im Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) haben ⁵⁾.

-
- 1) Stoll, ACP 136 (1932/33), 257 ff. (287 ff. und 298 ff.); ders., Leistungsstörungen, 26 ff., z.T. in Anlehnung an Kreß, Allg. SchR, 587 ff.
 - 2) Esser-Schmidt, SchR I, § 4 III (39 f.); Staudinger-Weber, § 242 Anm. A, 770 ff. m.w.N.
 - 3) Nicht näher einzugehen ist hier auf den umstrittenen Leistungsbegriff im Schuldrecht, vgl. dazu Larenz, SchR I, § 2 I (6 f.); Esser-Schmidt, SchR I, § 4 I (35 f.); Wieacker, Festschrift für Nipperdey, 783 ff.
 - 4) Vgl. Esser-Schmidt, SchR I, § 5 III (39 f.); Larenz, SchR I, § 2 I (6); Palandt-Heinrichs, Einl. v. § 241, 1 e; Erman-Sirp, § 242, Rdn. 50; a.A. insoweit Fikentscher, § 8, 3 (28 ff.), als zwar auch verschiedene Pflichten unterschieden, sämtliche Schutz-, Neben- und Verhältnispflichten aber dem Leistungsinhalt und damit der Leistung zugerechnet werden.
 - 5) Soweit nicht ausdrücklich gesetzlich bestimmt, wie z.B. §§ 435, 545 BGB; vgl. auch Johlen, 8.

Während Larenz ¹⁾ diese Pflichten als "weitere Verhaltenspflichten" bezeichnet, werden von Rechtsprechung ²⁾ und Schrifttum ³⁾ eine Fülle von inhaltlich differierenden Pflichten unterschieden. Zu diesen zählen auch Schutzpflichten - entweder als eine Art der Nebenpflichten oder als besondere und mehr von der Hauptpflicht losgelöste Pflicht ⁴⁾.

Noch weiter gehen Canaris ⁵⁾ und Thiele ⁶⁾, die alle Schutzpflichten zu einem einheitlichen Schutzpflichtverhältnis zusammenfassen, das unabhängig vom Parteiwillen - also "gesetzlich" - sei. Dieses allgemeine Schutzverhältnis soll gegenüber dem eigentlichen Schuldverhältnis rechtlich vollkommen selbständig sein ⁷⁾.

1) Larenz, Schr I, § 2 I (8).

2) BGH, Urt. v. 28.1.1958, BB 1958, 321; OLG Frankfurt, Urt. v. 24.1.1974, NJW 1974, 1568 ff. (1569); BGH, Urt. v. 12.11.1969, NJW 1970, 653 ff. (655); BGH, Urt. v. 12.7.1968, DB 1968, 2210; RG, Urt. v. 7.7.1930, RGZ 129, 357 ff. (376).

3) Vgl. den Versuch einer ausführlichen Systematisierung bei Palandt-Heinrichs, § 242, 4 b, aa - ff; im Unterschied dazu Soergel-Knopp, § 242 Anm. 103 ff.; wiederum anders Erman-Sirp, § 242, Rdn. 54 ff.

4) Letztere Einteilung hauptsächlich von Soergel-Knopp, § 242, Rdn. 105.

5) Canaris, JZ 1965, 475 ff. in Anlehnung an Stoll, Leistungsstörungen, 28.

6) Thiele, JZ 1967, 649 ff.

7) Zur genauen Abgrenzung der Ansichten von Canaris und Thiele vgl. Hagen, 18 f.

Neben dem dargestellten, eher theoretischen Streit ¹⁾ besteht jedoch Einigkeit über die grundsätzliche Ausweitung der verschiedenen vertraglichen Pflichten. Durch diese Ausgestaltung des Schuldverhältnisses ist von der schuldrechtlichen Seite die Einbeziehung der deliktischen Tatbestände in das Vertragsrecht ermöglicht und somit die Grundlage für die langjährige Entwicklung der außergesetzlichen Institute positive Forderungsverletzung, culpa in contrahendo, Drittschadensliquidation und auch für den hier interessierenden Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte gebildet worden.

Maßgeblich für die rasche Entwicklung, allerdings auch logisch vorrangig für die Konstruktion des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte, war das "Abrücken" von dem das Schuldverhältnis charakterisierenden Grundsatz, daß es sich dabei um eine Sonderverbindung handele, mit Rechten und Pflichten nur zwischen Gläubiger und Schuldner als den daran Beteiligten (Relativität des Schuldverhältnisses) ²⁾. Nicht zuletzt, um den Mängeln des deutschen Deliktsrechts begegnen zu können, darf dieser Grundsatz gerade nicht so ausgedeutet werden, als ob ein Dritter - abgesehen von den ohnehin bestehenden gesetzlichen Regelungen ³⁾ - nicht rechtserheblichen Einfluß auf das Schuldverhältnis erlangen könnte. Auf Gläubiger und Schuldner als Vertragsparteien beschränkt sich das Schuldverhältnis lediglich im Bereich der primären Leistungspflicht. Bei einer weitergehenden Pflichtenumschreibung muß auch der Personenkreis entsprechend erweitert werden, so daß Dritten, die nicht

1) Auf die Überschätzung der Bedeutung einer solchen Einteilung weist Medicus, § 11 III, (94) hin.

2) Esser-Schmidt, SchR I, § 3 IV (14); Medicus, JuS 1974, 613 ff. (613); für das amerikanische Recht: "privity of contract".

3) Z.B. §§ 328, 267 BGB; bzgl. Drittschaden §§ 618 III, 701 BGB.

Vertragsparteien sind, auf diese Weise Ansprüche wegen Verletzung der ihnen gegenüber bestehenden weiteren Verhaltens- oder Schutzpflichten zukommen ¹⁾. Zwar hat der Dritte kein eigenes Klagerecht auf Einhaltung dieser Pflichten. Eine derartig stark geschützte Position vertragsfremder Personen erschiene auch ungerechtfertigt.

Werden bestimmte Dritte jedoch infolge Verletzung der ihnen gegenüber zu beachtenden Schutz- oder Sorgfaltspflichten durch den Schuldner geschädigt, so haftet ihnen dieser vertraglich.

Der ansonsten schwache Schutz der mit der Vertragssphäre in Kontakt kommenden Personen und der durch die Vertragsabwicklung berührten Drittinteressen wird dadurch erheblich erweitert.

Der Vertrag als solcher ist demnach in seinen gesamten Auswirkungen zu sehen. Er ist zwar abgeschlossen entsprechend dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, jedoch insoweit nicht mehr Privatangelegenheit der Vertragspartner, als die Sozialwirkungen des Vertrages zu einer "Berührung" der Vertragsparteien mit weiteren Personen führen ²⁾.

Letztlich führen derartige soziale Erwägungen zu den veränderten Kategorien im allgemeinen Vertragsrecht. Kessler ³⁾ ist zuzustimmen in seiner Ansicht, daß sich im Vertragsrecht ein Sozialisierungsprozeß vollzieht. Nach seiner Auffassung können und sollen die generellen Regelungen des allgemeinen Vertragsrechts nicht aufgegeben werden - schon wegen ihrer praktischen Nützlichkeit und "dem hohen moralischen Wert der Parteiautonomie" ⁴⁾. Sie bedürfen allerdings einer

1) Vgl. Gernhuber, JZ 1962, 553 ff. (554); Erman-H.P. Westermann, § 328, Rdn. 10.

2) Vgl. Gernhuber, JZ 1962, 553 ff. (554); Johlen, 1 f.

3) Vgl. Kessler, Festschrift für E. Wahl, 81 ff. (83).

4) So neuerdings Kessler, Festschrift für E. v. Caemmerer, 873 ff. (889 Fn. 52).

ständigen Überprüfung ihrer Sozialwirkungen sowie ihrer sozialpolitischen Bedeutung und Stellung ¹⁾. Die Überlegungen Kesslers widerlegen auch die Gegenansicht, die das allgemeine Vertragsrecht in seiner Notwendigkeit überhaupt anzweifelt und sich darauf zu stützen versucht, daß es durch die jeweiligen, mit Sonderkonditionen ausgestatteten, speziellen Verträge verdrängt werde ²⁾.

Ausgehend von dem "Berührungspunkt" zwischen den Vertragsparteien und weiteren Personen auf Grund der Sozialwirkungen des Vertrages ³⁾ sollen in dieser Arbeit - angeregt von den Gedanken Kesslers ⁴⁾ - die Haftungserstreckung auf Dritte und speziell die Bestimmung des begünstigten Personenkreises (im folgenden Drittbestimmung) untersucht werden. Gerade weil die Entwicklung nicht durch gesetzliche Bestimmungen eingengt wurde, vermag das amerikanische Recht möglicherweise Anhaltspunkte für eine umfassendere und konkretere Bestimmung von dritten Personen zu geben.

1) Vgl. dazu die treffenden Ausführungen von Kessler, Festschrift für E. Wahl, 81 ff. (82).

2) Vgl. Friedman, Contract Law in America, 1-40; zwar nur für das amerikanische Recht, diese Behauptung läßt sich jedoch ebenso für unsere Rechtsordnung aufstellen.

3) Vgl. oben S. 7.

4) Kessler, Festschrift für E. Wahl, 81 ff.; allerdings zum unterschiedlichen Problemkreis der Drittbestimmung beim Vertrag zugunsten Dritter im amerikanischen Recht.

B Deutsches Recht

I. Offene Probleme beim Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte

Obwohl der Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte in der neueren Rechtsprechung des BGH ¹⁾ als eigenständiges Rechtsinstitut angesehen und angewendet wird, und auch das Schrifttum weitgehend vertragliche Schutzansprüche Dritter bejaht ²⁾, bleiben Unklarheiten und Fragen ³⁾. Bei den verschiedenen dogmatisch-konstruktiven Versuchen, dieses Institut zu begründen, sind eine Fülle von Meinungsverschiedenheiten zu erkennen ⁴⁾. Die Konkretisierung des zu ersetzenden Schadens sowie die Abgrenzung zu vergleichbaren und ähnlichen Ansprüchen Dritter werden vielfach verschieden beurteilt. Schließlich bereitet die hier besonders interessierende Frage der Abgrenzung des schutzberechtigten Personenkreises erhebliche Schwierigkeiten.

Ein kurzer Überblick über diese offenen Fragen beim Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte ist für die Frage der Drittbestimmung notwendige Voraussetzung. Eine exakte Erörterung dieses Problemkreises sowie die Suche nach Kriterien zur Abgrenzung des geschützten Personenkreises und schließlich die Behandlung des amerikanischen Rechts sind nur möglich, wenn der "Gesamtbereich" zu übersehen ist, in welchem die Probleme der Drittbestimmung auftauchen.

1) Vgl. neuerdings BGH, Urt. v. 13.2.1975, NJW 1975, 867 ff. (868 f.); BGH, Urt. v. 28.1.1976, BGHZ 66, 51 ff. für die Übertragung der anerkannten Grundsätze auf die culpa in contrahendo; BGH, Urt. v. 7.7.1976, NJW 1976, 1843 ff.; BGH, Urt. v. 11.1.1977, NJW 1977, 2073 ff.; BGH, Urt. v. 28.2.1977, NJW 1977, 1916 ff.; BGH, Urt. v. 12.7.1977, NJW 1977, 2208 ff.; BGH, Urt. v. 15.2.1978, NJW 1978, 883 ff.

2) Vgl. zu den einzelnen Ansichten im Anschluß S. 12 ff.

3) Siehe auch Hagen, 20 ff.

4) Damit beschäftigt sich eingehend die Dissertation von Kümmeth, Die dogmatische Begründung des Rechtsinstituts des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.

1. Dogmatisch-konstruktive Begründungsversuche von vertraglichen Ersatzansprüchen Dritter

Die Durchführung und Abwicklung eines Schuldverhältnisses ist in vielen Fällen nicht nur auf Gläubiger und Schuldner beschränkt, sondern zeigt Sozialwirkungen gegenüber bestimmten Dritten in unterschiedlicher Intensität auf ¹⁾. Zwar ist die konkrete Begründung eines vertraglichen Ersatzanspruches dritter Personen umstritten, grundsätzlich wird jedoch ein eigener Anspruch des geschädigten Dritten bejaht ²⁾.

a) Vertrag zugunsten Dritter

Beruheten rechtliche Begründungsversuche zunächst auf Billigkeitserwägungen, so wurde von der älteren Rechtsprechung der echte Vertrag zugunsten Dritter gem. § 328 BGB in verschiedenen Fallgruppen als gesetzliche Grundlage für Drittersatzansprüche gesehen ³⁾. Beim Vertrag zugunsten Dritter gem. § 328 BGB vereinbaren Gläubiger und Schuldner regelmäßig, daß dem Dritten ein eigener Anspruch auf die Leistung

1) Vgl. oben S. 7.

2) So war der Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte der Sache nach schon von der Rechtsprechung des RG anerkannt, RG, Urt. v. 5.10.1917, RGZ 91, 21 ff. (24); RG, Urt. v. 3.6.1921, RGZ 102, 231 ff. (233 f.); vgl. Palandt-Heinrichs, § 328, 2 b.

3) Vgl. die umfangreichen und vollständigen Nachweise der Rechtsprechung des RG und des BGH bei Stuckart, 24 ff.; W.D. Lange, 61 ff.; Gernhuber, Festschrift für Nikisch, 249 ff.; Lorenz, Festschrift für Nottarp, 59 ff. und 75 ff.; sowie die Hinweise in RG, Urt. v. 10.2.1930, RGZ 127, 218 ff. (222); - als wesentliche Fallgruppen wurden Verträge über Personenbeförderung, ärztliche Behandlung, Wohnungsmiete und Kauf anerkannt.

zukommen soll. Eine ausdrückliche Vereinbarung der Vertragsparteien über die Person des Dritten und seine Ansprüche ist jedoch selten zu erkennen. Das RG ¹⁾ führte die Einbeziehung weiterer Personen demnach auf den Parteiwillen zurück und ging von einer stillschweigenden Vereinbarung aus.

Abgesehen davon, daß stillschweigende Vereinbarungen Willenserklärungen sind und deshalb Geschäftswillen erfordern, den die Parteien bzgl. einer Drittberechtigung kaum gehabt und geäußert haben, spricht gegen die Ansicht der Rechtsprechung, daß der Dritte keinen eigenen Anspruch auf die Leistung - und damit ebenfalls nicht ein Recht auf "ordnungsmäßige" ²⁾ Vertragsleistung - erhalten soll ³⁾.

Als gesetzliche Grundlage wurde vom RG ⁴⁾ weiterhin § 328 II BGB insoweit herangezogen, als der Vertragszweck als objektiver Maßstab für eine Drittberechtigung zu gelten habe. § 328 II BGB kommt als Auslegungsregel zur Beantwortung der Frage nach einem berechtigenden oder ermächtigenden Vertrag zugunsten Dritter dann zur Anwendung, wenn bereits entschieden ist, daß ein Dritter eine Leistung erhalten soll ⁵⁾.

-
- 1) RG, Urt. v. 29.9.1936, RGZ 152, 175 ff. (176); RG, Urt. v. 8.11.1918, JW 1919, 38; RG, Urt. v. 26.11.1936, JW 1937, 737 f. (738).
 - 2) RG, Urt. v. 10.2.1930, RGZ 127, 218 ff. (220); RG, Urt. v. 29.9.1936, RGZ 152, 175 ff. (176 f.); RG, Urt. v. 8.11.1918, JW 1919, 38.
 - 3) Vgl. die ausführliche Darstellung der Gegenargumente zu der Ansicht der Rechtsprechung bei Johlen, 31 ff.
 - 4) RG, Urt. v. 4.6.1915, JW 1915, 916 f. (916); RG, Urt. v. 4.3.1920, RGZ 98, 210 ff. (212); RG, Urt. v. 29.9.1936, RGZ 152, 175 ff. (177).
 - 5) Johlen, 42; Stuckart, 27 f.; Gernhuber, Festschrift für Nikisch, 265; Hellwig, 149 f.

Dieser Vorschrift läßt sich nicht entnehmen, ob sich Schutzansprüche Dritter aus Verträgen ergeben.

Letztlich wird mit Hilfe der ergänzenden Vertragsauslegung gem. § 157 BGB versucht, die Verantwortlichkeit für Schäden Dritter einem Vertrag zugunsten Dritter zu entnehmen. Für eine Auslegung wird an eine fehlende Vereinbarung angeknüpft, die redlicherweise zwischen Gläubiger und Schuldner hätte getroffen werden müssen, wenn diese eine Schädigung Dritter bedacht hätten ¹⁾.

Dem Dritten soll aber nach dieser Ansicht kein eigener Anspruch auf die im Vertrag versprochene Leistung zukommen. Von einem gesetzlich geregelten Vertrag zugunsten Dritter - der auslegungsbedürftig wäre - kann in diesem Rahmen nicht gesprochen werden ²⁾. Weiterhin ist eine Vertragsergänzung nur notwendig, wenn ein für die sinnvolle Vertragsabwicklung wesentlicher Punkt von den Parteien nicht geregelt wurde - der Vertrag also lückenhaft ist. Das Vorliegen einer Vertragslücke scheint hier fraglich. Hätten die Parteien nämlich an die Möglichkeit eines Schadensfalles mit Dritten gedacht, so wäre eine vertragliche Regelung dieses Punktes zur Aufrechterhaltung des Vertragszweckes nicht ein "Zuendedenken ihrer Interessen" im Sinne der ergänzenden Vertragsauslegung. Schließlich stehen dem Dritten gesetzlich normierte Deliktsansprüche zu ³⁾. Wenn diese ge-

1) So die ältere Rechtsprechung: RG, Urt. v. 4.3.1920, RGZ 98, 210 ff. (213); RG, Urt. v. 10.2.1930, RGZ 127, 218 ff. (222); RG, Urt. v. 11.3.1935, JW 1935, 1768 m. Anm. Roquette; BGH, Urt. v. 24.2.1954, VersR 1955, 740 ff. (742); wohl auch Zirkel NJW 1956, 1675. Es soll an dieser Stelle nur auf die Ansicht eingegangen werden, die mit § 157 BGB einen vorliegenden Vertrag zugunsten Dritter rechtfertigt; zu der Begründung des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte gem. § 157 BGB s. weiter unten.

2) Vgl. Larenz, Methodenlehre, 414.

3) Allerdings nicht in allen Fällen, vgl. z.B. Ansprüche von Familienvätern.

setzliche Regelung zu unbilligen Härten führt und unbefriedigend ist, so kann von einer Lückenhaftigkeit des Gesetzes noch nicht auf eine vorliegende Vertragslücke geschlossen werden ¹⁾.

Eine Vertragslücke kann in einer fehlenden Vereinbarung über Schutzansprüche Dritter nicht gesehen werden ²⁾. Durch ergänzende Vertragsauslegung gem. § 157 BGB eines Vertrages zugunsten Dritter läßt sich die vertragliche Haftung für Drittschäden nicht rechtfertigen.

Als unmittelbare gesetzliche Grundlage für Dritt-ersatzansprüche kommt der Vertrag zugunsten Dritter gem. § 328 BGB nicht in Betracht.

b) Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte

Die bestehenden Bedenken gegenüber der älteren Rechtsprechung, sowie die sich immer mehr durchsetzende Differenzierung zwischen Leistungs- und Sorgfaltspflichten führte zur überwiegenden Anerkennung eines gesetzlich nicht allgemein geregelten ³⁾, eigenständigen Rechtsinstituts des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte ⁴⁾. Besonderes Wesens-

1) Vgl. W.D. Lange, 95; Johlen, 38 ff.; Stuckart, 35.

2) Krauel, 64; Roquette, JW 1935, 1768 f. (1769); Larenz SchR I § 17 II (185); Gernhuber, Festschrift für Nikisch, 265; weitere Argumente und Nachweise vor allem bei Stuckart, 30 ff.

3) Vgl. dazu Medicus, JuS 1974, 613 ff. (618).

4) So die überwiegende Ansicht im Schrifttum: Grundlegend vor allem Larenz, SchR I, § 17 II (184 ff.); ders., NJW 1956, 1193 f.; ders., NJW 1960, 78 ff.; Esser-Schmidt SchR I, § 34 IV 2 (214 ff.); Gernhuber, Festschrift für Nikisch, 249 ff.; ders., JZ 1962, 553 ff.; v. Caemmerer, Gesammelte Schriften, 464 ff.; Medicus, § 33 IV, 5-8 (387 ff.); Bydlinski, JbI 1960, 359 ff.; Stuckart, 56 und mit weiteren umfangreichen Nachweisen 72 ff.; Meinungsunterschiede bestehen lediglich in der Begründung und den einzelnen Voraussetzungen.

merkmal dieser Rechtsfigur ist ein ausnahmsweise zwischen Schuldner, Gläubiger und Dritten bestehendes "erweitertes" Schuldverhältnis. Es beinhaltet nicht nur die dem Gläubiger gegenüber bestehende primäre Leistungspflicht, sondern bezieht auf Grund seiner Sozialwirkungen Dritte insoweit in die vertraglichen Sorgfalts- und Obhutspflichten ein, daß sie bei einer Pflichtverletzung vertragliche Schadensersatzansprüche geltend machen können.

Diesen von Larenz und Gernhuber entwickelten Thesen und der Erkenntnis, daß es sich bei diesem Institut um einen vom Vertrag zugunsten Dritter zu unterscheidenden Vertragstyp handelt, schloß sich der BGH an ¹⁾.

Wenn auch über den Ausgangspunkt im wesentlichen Einigkeit besteht, so wird doch der Geltungsgrund für die Schutzwirkungen gegenüber Dritten unterschiedlich beurteilt.

aa) Rechtsprechung

Stützte sich die Rechtsprechung anfänglich noch auf § 328 BGB analog ²⁾, so begründet der BGH seitdem den Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte mit der ergänzenden Vertragsauslegung gem. § 157 BGB ³⁾.

1) U.a.: BGH, Urt. v. 30.6.1959, NJW 1959, 1676 f.; BGH, Urt. v. 6.7.1965, JZ 1966, 141 ff. (142); BGH, Urt. v. 22.1.1968, BGHZ 49, 350 ff. (353 f.); BGH, Urt. v. 30.4.1968, NJW 1968, 1323 f. (1324); BGH, Urt. v. 9.10.1968, NJW 1969, 41 ff. (41); BGH, Urt. v. 26.11.1968, BGHZ 51, 91 ff. (96); BGH, Urt. v. 13.2.1975, NJW 1975, 867 ff. (868 f.) alle m.w.N.

2) BGH, Urt. v. 7.11.1960, BGHZ 33, 247 ff. (249).

3) BGH, Urt. v. 30.6.1959, NJW 1959, 1676 f.; BGH, Urt. v. 18.6.1968, NJW 1968, 1929 ff. (1931); BGH, Urt. v. 30.9.1969, NJW 1970, 38 ff. (40); BGH, Urt. v. 22.1.1968, BGHZ 49, 350 ff. (354); außerdem Larenz, Schr I, § 17 II bis zur 10. Aufl.; auf das Schrifttum bzgl. § 242 allerdings schon hinweisend, BGH, Urt. v. 29.11.1974, NJW 1975, 344 f. (344); BGH, Urt. v. 13.2.1975, NJW 1975, 867 ff. (869); insbesondere BGH, Urt. v. 11.1.1977, NJW 1977, 2073 f.

In welchen Fällen vertragliche Schutzwirkungen zugunsten Dritter anzunehmen sind wird allerdings von der Rechtsprechung nicht einheitlich beurteilt. Schwankungen ergeben sich weniger im Ausgangspunkt, als vielmehr bei der Anwendung im Einzelfall, so daß regelmäßig drei Kriterien für die Einbeziehung dritter Personen genannt werden:

Der Dritte muß mit der vom Schuldner zu erbringenden Leistung in gleicher Weise in Berührung kommen wie der Gläubiger (Leistungsnähe). Außerdem erforderlich ist ein Interesse des Gläubigers am Schutz des Dritten (Fürsorgeverhältnis), wobei die "Intensität" dieses Interesses unterschiedlich beurteilt wird. Unstreitig soll es jedoch bei einem personenrechtlichen Verhältnis mit begrenztem und überschaubarem Personenkreis vorliegen, auf Grund dessen der Gläubiger für das Wohl und Wehe des Dritten mitverantwortlich ist ¹⁾. Letztlich wird noch gefordert, daß die Umstände, aus denen sich die o.a. Voraussetzungen ergeben, dem Schuldner erkennbar gewesen sein müssen. Das zweite und dritte Kriterium gehen demnach ineinander über.

Zwar ermöglicht die Anknüpfung an den Parteiwillen eine relativ flexible Bestimmung des zu schützenden Personenkreises, wenn man die jeweiligen Schutzpflichten durch ergänzende Vertragsauslegung als dem Dritten geschuldet anerkennt ²⁾. Dazu wäre allerdings erforderlich, daß die Gerichte eine von den Parteien nicht bedachte, angebliche Vertragslücke ³⁾ auszufüllen hätten. Nach dem herrschenden Verständnis

1) BGH, Urt. v. 26.11.1968, BGHZ 51, 91 ff. (96);
BGH, Urt. v. 30.9.1969, NJW 1970, 38 ff. (40).

2) So H.P. Westermann, Schwerpunkte SchR AT, § 17 II (134).

3) Zu dem umstrittenen Lückenbegriff vgl. Schütz, 109 ff., dort auch Hinweise auf die verschiedenen Ansichten; ansonsten Lüderitz, 401 ff.

zu § 157 BGB müßte also der Vertrag entsprechend dem Sinn und Zweck der vorliegenden Parteierklärungen, nach Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte - also objektiv - vervollständigt werden ¹⁾. Die Rechtsprechung hat sich jedoch mit den genauen Voraussetzungen einer ergänzenden Vertragsauslegung, insbesondere dem Vorliegen einer Vertragslücke nur selten eingehend befaßt. Es wäre sonst aufgefallen, daß in sämtlichen Verträgen, bei deren Abwicklung sich die Frage nach besonderem Drittschutz stellt, eine einschlägige Regelung oder ausdrückliche Vereinbarung fehlt. Die Parteien gehen vielmehr von der Entbehrlichkeit derartiger Klauseln im Rahmen der Absprache ihrer unmittelbaren Leistungsbeziehung aus ²⁾.

Diese Tatsache spricht aber gerade gegen das Vorliegen einer Lücke und damit gegen die Ergänzungsbedürftigkeit der jeweiligen Verträge. Außerdem kann man einem Schuldner nicht unterstellen, daß er einer Erweiterung seiner Verantwortlichkeit zugestimmt hätte. Es wird folglich ein fiktiver Parteiwille zugrunde gelegt ³⁾.

Man geht über die Grenzen des § 157 BGB hinaus, wenn man diese Vorschrift statt als Ansatzpunkt zu einer sorgfältigen, ergänzenden Vertragsauslegung zu nehmen, sie wie die Rechtsprechung "zu einer typisierenden Annahme eines besonderen Drittschutzhalt eines Vertrages, wenn dessen Haftungsdriftwirkung rechtspolitisch notwendig erschien" ⁴⁾, heranzieht. Als Gesetzeskorrektiv ist § 157 BGB untauglich.

1) Vgl. dazu eingehend Sandrock, 87 ff.; Lüderitz, 392 ff.; Kümmeth, 84 ff. jeweils mit umfangreichen Nachweisen.

2) Vgl. Kümmeth, 90, 94.

3) Vgl. Johlen, 40; Böhmer, MDR 1962, 345 ff. (346).

4) So treffend Kümmeth, 95.

Noch weniger kann man sich aber auf eine Auslegung von Parteivereinbarungen stützen, wenn ein Vertrag überhaupt noch nicht geschlossen wurde. Zwar hat sich der BGH einer Stellungnahme zur Frage der rechtsdogmatischen Begründung enthalten, als er die Grundsätze des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte auch auf den vorvertraglichen Bereich ausdehnte ¹⁾ - wenn auch nicht explizit so doch de facto ²⁾. Gerade weil der BGH in den Urteilsgründen hinsichtlich der culpa in contrahendo von einem gesetzlichen Schuldverhältnis spricht, wäre ein klares und eindeutiges Abrücken von der bisherigen Position an dieser Stelle jedoch unerlässlich und denknotwendig gewesen.

bb) Schrifttum

Obwohl man in Teilbereichen der Drittschutzfälle sogar von Gewohnheitsrecht als dispositivem Rechtsatz sprechen kann ³⁾, welches zur Anspruchsberechtigung Dritter führt, erscheint es allerdings fraglich, ob man die Annahme vertraglicher Drittersatzansprüche grundsätzlich mit Gewohnheitsrecht begründen kann ⁴⁾.

Im Unterschied zur Ableitung aus Gewohnheitsrecht, das sich allenfalls in wenigen Kernbereichen verfestigt hat, erscheint als konstruktive Begründung - entgegen der Rechtsprechung - vielmehr die Ansicht haltbar, die den Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte als Ergänzung des dispositiven Gesetzesrechts für typische

1) BGH, Urt. v. 28.1.1976, BGHZ 66, 51 ff.

2) So Kreuzer in seiner Urteilsanmerkung JZ 1976, 778 ff. (780).

3) Etwa für die Fallgruppe der Beförderungsverträge, vgl. Gernhuber, Festschrift für Nikisch, 249 ff. (266); ders., JZ 1962, 553 ff.; weitergehend Stuckart, 84 ff., der Gewohnheitsrecht hier als anspruchsbegründende Rechtsnorm sieht.

4) Vgl. dazu Larenz, SchR I, § 17 II (185 Fn. 4) sowie die ausführliche Kritik bei Kümmeth, 109 ff.

Vertragsgestaltungen durch richterliche Rechtsfortbildung ansieht und damit als Rechtsgrundlage auf das Prinzip von Treu und Glauben gem. § 242 BGB verweist ¹⁾. Die Rechtsstellung des Dritten ist wohl faktisch von der Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner abhängig, rechtlich ist sie jedoch originär ²⁾.

Eine Übertragung der für andere Bereiche anerkannten richterlichen Rechtsfortbildung extra legem auf die Fälle des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte wird neuerdings von Kümmeth abgelehnt ³⁾. Unter Hinweis darauf, daß § 242 BGB nur Rechtswirkungen innerhalb des Schuldverhältnisses, also zwischen Leistungsschuldner und -gläubiger, äußern könne, wendet er sich gegen die zuvor angesprochene Begründung aus Treu und Glauben. Stattdessen stützt er sich nach eingehender Erörterung der bisherigen Lösungsvorschläge auf eine eigenständige, einzelfallorientierte, richterliche Rechtsfortbildung extra legem ⁴⁾. Dieser dogmatisch überzeugenden Begründung sollte die Zukunft gehören.

Eine Antwort auf die Frage nach dem "Wann" eines Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte, vor allem nach seinem Schutzbereich und damit dem geschützten Personenkreis sucht das überwiegende Schrifttum anhand sachlicher, aber relativ inflexibler Kriterien unter Berücksichtigung der jeweiligen Fallgruppe. Diese an Treu und Glauben sowie an Vertragszweck ausgerichteten Gesichtspunkte stehen zu den Voraussetzungen der Rechtsprechung nicht in Widerspruch.

1) Vgl. Gernhuber, Festschrift für Nikisch, 249 ff. (264); ders., JZ 1962, 553 ff.; Larenz, SchR I, § 17 II (185); Canaris, JZ 1965, 475 ff.; H.P. Westermann, Schwerpunkte SchR AT, § 17 II (135); Johlen, 49 ff.; Schütz, 126 ff.

2) So treffend Esser-Schmidt, SchR I § 34 IV 2.2 (216).

3) Vgl. die Dissertation von Kümmeth, 109 ff.

4) Vgl. Kümmeth, 219 ff.

c) Kritik und andere Vorschläge

Wenn auch vertragliche Dritterersatzansprüche in Rechtsprechung und Lehre ganz überwiegend anerkannt sind, so soll dennoch auf Kritik eingegangen und auf wichtige andere Vorschläge zu diesem Problemkreis hingewiesen werden.

Neben der begünstigten Rechtsstellung des Dritten sind die Rechtsnachteile nicht zu übersehen, die ihm durch die Einbeziehung in den Vertragsschutz entstehen können. Zu denken ist vornehmlich an die Zurechnung mitwirkenden Verschuldens des gesetzlichen Vertreters oder von Hilfspersonen des Dritten ¹⁾ entsprechend der analogen Anwendung des § 278 BGB im Rahmen des § 254 BGB ²⁾, gleichfalls an ein Mitverschulden des Vertragsgläubigers, das sich der Dritte sogar bei eigenen deliktischen Ansprüchen gegen den Schädiger entgegenhalten lassen muß ³⁾.

Kritik an der vertraglichen Konstruktion übt auch Gernhuber ⁴⁾, ohne sich aber generell gegen die "Lehre" vom Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte zu wenden. Danach soll die Sachproblematik, die zu

-
- 1) Vgl. z.B. BGH, Urt. v. 29.4.1953, BGHZ 9, 316 ff. (318); BGH, Urt. v. 28.5.1957, BGHZ 24, 325 ff. (327 f.) für den Bewahrungsgehilfen; H. Lange, NJW 1965, 657 ff. (664, Fn. 74); Palandt-Heinrichs § 328, 2b.
 - 2) Herrschende Meinung, vgl. dazu ausführlich Larenz, SchR I, § 31 I d (429 ff.); Erman-Sirp, § 254, Rdn. 28 ff.
 - 3) Larenz, SchR I, § 17 II (187, Fn. 2); Erman-H.P. Westermann, § 328 Rdn. 13; BGH, Urt. v. 7.11.1960, BGHZ 33, 247 ff. (250); BGH, Urt. v. 23.6.1965, NJW 1965, 1757 ff. (1759); die Rechtsprechung unter Berücksichtigung des Rechtsgedankens aus § 334 BGB; a.A. wohl Esser-Schmidt, SchR I, § 34 IV (217).
 - 4) Gernhuber, JZ 1962, 553 ff.; ders., Festschrift für Nikisch, 249 ff.

dieser "Lehre" geführt hat, nicht nur bei solchen vertraglichen Schuldverhältnissen zu finden sein, die weitere Verhaltenspflichten (Schutzpflichten) erzeugen, sondern ebenso bei außervertraglichen, gesetzlichen Schuldverhältnissen, bei denen diese Pflichten ebenso vorhanden sind. Befürwortet wird ein Drittschutz "kraft Leistungsnähe" ¹⁾.

Eine Auseinandersetzung mit der Kritik Böhmers ²⁾, die sich prinzipiell gegen vertragliche Drittersatzansprüche mit eigener Anspruchsberechtigung für den Dritten wendet, würde den Rahmen dieser Arbeit ebenso sprengen, wie ein Eingehen auf die verschiedenen Lösungsvorschläge von Dölle ³⁾, Haupt ⁴⁾ und Heiseke ⁵⁾, die sich nicht entscheidend durchsetzen konnten ⁶⁾.

Ausgehend von der Tatsache, daß eine Vertragskonstruktion für Schutzansprüche Dritter bei culpa in contrahendo und bei Verträgen ungeeignet sei, sieht Canaris ⁷⁾ eine andere Grundlage für eine Rechtsfortbildung in diesem Bereich. Maßgeblich sei ein von dem Willen der Parteien unabhängiges, gesetz-

1) Zu den praktischen Auswirkungen noch ausführlich bei der Drittbestimmung, vgl. S. 42 ff.

2) Vgl. Böhmmer, MDR 1960, 265 f. u. 807 f.; ders., JR 1961, 17; MDR 1963, 546 ff.; weitere Nachweise bei Stuckart, 73 unten.

3) Dölle, ZgesStW 103, 67 ff. (79, Fn. 1); Lehre vom sozialen Kontakt; vgl. aber neuerdings Esser-Schmidt, Schr I § 34 IV 2.2 (216).

4) Haupt, Festschrift für H. Siber, 1 ff. (9); faktische Vertragsverhältnisse.

5) Heiseke, NJW 1960, 77 ff. (78); Lösung über Drittschadensliquidation.

6) Zu diesen und weiteren Vorschlägen Johlen, 44 f.; Stuckart, 60 ff. und 71 f.

7) Canaris, JZ 1965, 475 ff.; ders., JZ 1968, 494 ff. (502).

liches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflichten. Dieses einheitliche Schutzverhältnis soll alle Schutzpflichten zusammenfassen und seine Rechtsgrundlage in der Inanspruchnahme und Gewährung von Vertrauen im Hinblick auf das zwischen den Parteien bestehende Schuldverhältnis und seine positivrechtliche Grundlage in § 242 BGB haben. Es soll beginnen mit der Aufnahme geschäftlichen Kontaktes und bis zur letzten Erfüllungshandlung nach Vertragschluß fortbestehen ¹⁾.

In der Suche nach Aufstellung sachlicher Kriterien für bestimmte Fallgruppen stimmen die bislang dargestellten Ansichten überein, so daß sie als Begründungen für eine Rechtsfortbildung letztlich gleichwertig sind.

Schließlich ist noch auf die von Lorenz ²⁾ vorgeschlagene Lösung für Drittschadensfälle einzugehen, nicht zuletzt wegen ihrer Hinweise und Verwandtschaft zum amerikanischen Recht. Ansatzpunkt ist die von Lorenz kritisierte Verlagerung typischer Deliktstatbestände in das Vertragsrecht. Drittschadensfälle sollen nach seiner Ansicht deshalb im Bereich des Deliktsrechts gelöst werden, allerdings unter Berücksichtigung der für den Dritten fremden Sonderrechtsbeziehung zwischen Schuldner und Gläu-

1) Noch weitergehend Thiele, JZ 1967, 649 ff., der das Schutzpflichtverhältnis ebenfalls bejaht, aber nicht mit dem Vertrauensprinzip begründet, sondern aus "den praktisch unbestrittenen Elementarsätzen des gerechten Handelns oder der 'Verkehrsmoral' als Ausdruck eines rechtsethischen Prinzips, das sich über den im Gesetz formulierten Grundsatz von Treu und Glauben hinaus Anerkennung verschafft hat" (652). Das Schutzpflichtverhältnis beruht danach auf gezieltem sozialen Kontakt bzw. den tatsächlichen Beziehungen der Beteiligten.

2) Lorenz, JZ 1960, 108 ff.; ders., JZ 1961, 170 ff.; ders., JZ 1966, 143 ff.; ders., Festschrift für Nottarp, 81 ff.

biger ¹⁾. Erst eine bestehende Sonderrechtsverbindung soll dem Dritten sehr oft einen deliktischen Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes gegen deliktische Sorgfaltspflichten eröffnen. Nach Lorenz beinhalten vertragliche Schuldverhältnisse die bestimmte Berührungen mit Dritten vorsehen ²⁾, deliktische Sorgfaltspflichten nicht nur gegenüber der Allgemeinheit, sondern ebenso "besondere Sorgfaltspflichten" gegenüber diesen Dritten. Die Vertragsnorm soll die nach § 823 I BGB zu schützende Drittinteressen aufzeigen und gleichzeitig begrenzen.

Obwohl eine somit im Deliktsrecht erfolgende Regelung der Drittschadensfälle überzeugend erscheint, kann nicht übersehen werden, daß gerade diejenigen Unbilligkeiten unberücksichtigt bleiben, die letztlich zur Entwicklung des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte führten - die Anwendung des § 278 BGB anstelle des § 831 BGB ³⁾ und die Modifizierung der Beweislast zugunsten des Dritten, ganz abgesehen von Schutzwirkungen für Dritte im vorvertraglichen Bereich ⁴⁾.

Trotz der Auffassung von Lorenz und den dogmatischen Unterschieden soll an dieser Stelle erneut die im überwiegenden Schrifttum grundsätzliche Anerkennung vertraglicher Drittersatzansprüche herausgestellt werden.

1) Vgl. Lorenz, JZ 1960, 108 ff. (111).

2) Vgl. Stuckart, 69.

3) Lorenz fordert wohl eine Angleichung des § 831 BGB an den § 278 BGB. Das kann aber für die derzeitige konkrete Problemlösung nicht ausreichen.

4) Vgl. zu den theoretischen Bedenken die treffenden Ausführungen von Hagen, S. 26. Weitere Kritik bei Kümmeth, 29 ff.

2. Schaden ¹⁾

Die Rechtsfolge einer einem Dritten gegenüber begangenen Schutzpflichtverletzung ist Schadenersatz, der - entsprechend der Entwicklung des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte - unstreitig Personenschäden umfaßt. Richtigerweise kann der Dritte nicht nur Körper- bzw. Gesundheitsschäden ersetzt verlangen, sondern auch Sachschäden ²⁾. Es wäre nicht einleuchtend, wenn z.B. bei einem Unfall Drittgeschädigte, die Schäden an Körper und Kleidung erlitten hätten, nur Ersatz der Körperschäden verlangen könnten, die Sachschäden jedoch über die Drittschadensliquidation abgegolten werden müßten.

Nachdem die Rechtsprechung den Anwendungsbereich des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte nicht mehr auf dem Ersatz von Personenschäden und den der Drittschadensliquidation auf Ersatz von Sachschäden begrenzt, werden bei vertraglichen Drittersatzansprüchen nunmehr auch Vermögensschäden für

1) Logisch vorrangig wäre hier die Erörterung der Drittbestimmung, die aber wegen ihrer zentralen Position in dieser Arbeit erst später ausführlich untersucht werden soll.

2) So die h.M.: BGH, Urt. v. 6.7.1965, NJW 1965, 1955 ff. (1957); BGH, Urt. v. 22.1.1968, BGHZ 49, 350 ff. (355); BGH, Urt. v. 30.9.1969, NJW 1970, 38 ff. (40); Berg, NJW 1968, 1325 f. (1325); H.P. Westermann, Schwerpunkte SchR AT, § 17 II (136); Blomeyer, § 42 IV (257); a.A. Gernhuber, JZ 1962, 553 ff. (556); unklar Wegener, 64.

ersatzfähig gehalten ¹⁾. Allerdings soll bei Ersatz von Vermögensschäden an das personenrechtliche Verhältnis zwischen Gläubiger und Dritten ein strenger Maßstab angelegt und die Unterscheidung zwischen Drittschadensliquidation und Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte grundsätzlich beibehalten werden. Die Aufhebung einer Beschränkung hinsichtlich der Art des zu ersetzenden Schadens wird im Schrifttum durchweg befürwortet ²⁾.

Nach allem können Personen-, Sach- und Vermögensschäden sowohl im Rahmen des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte als auch der Drittschadensliquidation ersetzt verlangt werden.

1) BGH, Urt. v. 6.7.1965, NJW 1965, 1955 ff. (1957); BGH, Urt. v. 18.6.1968, NJW 1968, 1929 ff. (1931); BGH, Urt. v. 30.9.1969, NJW 1970, 38 ff. (40); BGH, Urt. v. 11.1.1977, NJW 1977, 2073 f. (2074); es erscheint fraglich, ob die Begründung der Rechtsprechung, die sich lediglich auf eine Gemeinsamkeit zur culpa in contrahendo bzgl. der fehlenden primären Leistungspflicht beruft, ausreichend ist; vgl. die kritischen Anmerkungen von Lorenz, JZ 1966, 143 ff. (144); außerdem ist die Ersatzfähigkeit von Vermögensschäden nur schwer vereinbar mit der Forderung der Rechtsprechung nach einem personenrechtlichen Verhältnis für die Einbeziehung von Dritten in den vertraglichen Schutzbereich.

2) Emmerich § 3 III in Athenäum-Zivilrecht I (314); Medicus § 33 IV 6a (388); Palandt-Heinrichs § 328, 2b; Erman-H.P. Westermann § 328, Rdn. 13, dennoch bestehen Meinungsunterschiede, ob nicht Drittschadensliquidation und Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte zusammenzufassen seien (vgl. Hagen, 24 f.).

3. Abgrenzungsfragen

Wenn auch der Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte als eigenständiges und außergesetzliches Rechtsinstitut anerkannt ist, so ist eine allgemeine Abgrenzung dieser Rechtsfigur zum Vertrag zugunsten Dritter und zur Drittschadensliquidation einerseits und zu Deliktsansprüchen andererseits schwierig zu finden. Ein Überblick über diesen Problemkreis erscheint als Voraussetzung für die konkrete Abgrenzung des geschützten Personenkreises bedeutsam und erforderlich.

Die Unterschiede zwischen dem Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 BGB, der dem Dritten einen Anspruch auf die Leistung gewährt, und dem auf Schadensersatz gerichteten Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte wurden sowohl zu Beginn bei der Unterscheidung der verschiedenen Vertragspflichten als auch bei den sich auf § 328 BGB stützenden dogmatischen Begründungsversuchen aufgezeigt.

Umstritten ist die Abgrenzung des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte zur Drittschadensliquidation. Bei diesen Rechtsinstituten geht es letztlich darum, einem Dritten Schadensersatz zukommen zu lassen und zwar als Ausnahme von dem Grundsatz, daß nur dann Schadensersatz gewährt werden kann, wenn in der Person des Gläubigers ein haftungsbegründender Tatbestand erfüllt und ein eigener Schaden entstanden ist. Während beim Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte eine Ausnahme insofern erfolgt, als der Dritte in den Vertrag einbezogen wird und ihm eine Gläubigerstellung hinsichtlich des ihm entstandenen Schadens zukommt ¹⁾, kann der Ersatzberechtigte über die Drittschadensliquidation einen Schaden geltend machen, der nicht

1) Es wird ein haftungsbegründender Tatbestand konstruiert.

bei ihm, sondern aufgrund besonderer Umstände, die für den Schädiger zufällig sind, stattdessen bei einem Dritten aufgetreten ist. Ein derartiger Zufall soll dem Schädiger nicht zugute kommen. Die zufällige Verlagerung des Schadens ¹⁾ liegt der Drittschadensliquidation als allgemeines Prinzip und als Voraussetzung neben der Interessenverknüpfung zwischen Gläubiger und Dritten zugrunde. Hinsichtlich des Schadens und der formalen Rechtsposition resultiert daraus ein Unterschied zum Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte, bei dem die Anspruchsgrundlage dem Geschädigten, bei der Drittschadensliquidation jedoch ein Schaden dem anspruchsberechtigten Nichtgeschädigten zugerechnet wird.

Weiterhin ist die jeweilige Interessenlage zu berücksichtigen. Bei der Drittschadensliquidation muß das Schadensrisiko für den Schuldner nicht nur übersehbar bleiben; es darf sich auch nicht erhöhen, d.h. der Schuldner darf nur dort ersatzpflichtig gemacht werden, wo er ohnehin mit einer Haftung zu rechnen hatte. Der Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte führt dagegen zu einer Vermehrung des Schadensrisikos für den Schuldner, der nicht nur für Schäden des Gläubigers haftet, sondern gleichzeitig für Schädigungen eines sich im Schutzbereich des Vertrages befindlichen Dritten ersatzpflichtig werden kann ²⁾. Die Anwendung der Drittschadensliquidation nur zum Ersatz von Sachschäden und des Vertrages mit Schutz-

1) Als besonders typische Fallgruppen sind mittelbare Stellvertretung, obligatorische Entlastung und Obhut für fremde Sachen anerkannt (§§ 447, 644 BGB); die Drittschadensliquidation ist jedoch "kein abgeschlossenes dogmatisches Gebilde", Kollhosser, AcP 166 (1966), 277 ff. (305).

2) Vgl. Medicus, JuS 1974, 613 ff. (618); Berg, MDR 1969, 613 ff.; BGH, Urt. v. 18.6.1968, NJW 1968, 1929 ff. (1931).

wirkungen für Dritte nur bzgl. Körper- und Gesundheitsschäden kann als Abgrenzungsmerkmal nicht mehr herangezogen werden ¹⁾. Beide Institute eignen sich zum Ersatz von Schäden aller Art ²⁾. Ob man jedoch demzufolge auf den "zweispurigen" Lösungsweg von Drittschadensliquidation und Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte verzichten sollte, erscheint fraglich, besonders im Hinblick auf die Frage welches der beiden Rechtsinstitute weichen soll ³⁾. Solange ein grundsätzliches und übergreifendes Prinzip weder hinreichend ausgestaltet noch geklärt ist, soll - auch für diese Arbeit - an der herkömmlichen Abgrenzung festgehalten werden.

Schließlich ist noch auf die logische Rangfolge der beiden Rechtsinstitute hinzuweisen. Hat der ersatzberechtigte Dritte nämlich einen eigenen Anspruch aus einem Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte, fehlt die zufällige und für die Drittschadensliquidation typische Schadensverlagerung. Der Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte geht somit einer Drittschadensliquidation vor.

Zu Beginn wurde die Verlagerung typischer Deliktstatbestände in das Vertragsrecht herausgestellt. Der somit erweiterte, wenn auch ansonsten schwache vertragliche Schutz derjenigen Personen, die mit der Vertragssphäre in Berührung kommen und ansonsten "nur" Deliktsansprüche haben, läßt Abgrenzungsprobleme zwischen Vertrag zugunsten Dritter, Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte und Deliktsansprüchen eines Dritten erkennen.

-
- 1) So aber die lange in der Rechtsprechung bestehende Tendenz.
 - 2) Vgl. die neuere Rechtsprechung, z.B. BGH, Urt. v. 22.1.1968, BGHZ 49, 350 ff. (354 f.); dazu die Ausführungen auf S. 23 f.
 - 3) Eine ausführliche Darstellung des Problemkreises bei Hagen, 22 ff. m.w.N.

Möglichkeiten für eine Abgrenzung wurden bislang in der genauen Einhaltung und Prüfung der überwiegend anerkannten Voraussetzungen und Kriterien des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte gesehen. Nur wenn also ein Dritter mit der Leistung in gleicher Weise in Berührung kommt wie der Gläubiger und ein für den Schuldner erkennbares "Fürsorgeverhältnis" zwischen dem Gläubiger und ihm besteht, ist an einen vertraglichen Anspruch zu denken.

Als Beispiel für eine Abgrenzung zu deliktischen Ansprüchen sei die aktuelle Fallgruppe der Schädigungen Dritter durch Rat, Auskunft oder ein fahrlässig falsch angefertigtes Gutachten erwähnt ¹⁾. Ohne auf die eigentliche Drittbestimmung an dieser Stelle schon zu intensiv einzugehen, ist bei Gutachten von Wirtschaftsprüfern (Prüfung von Jahresabschlüssen) entgegen Durchlaub ²⁾ nicht auf ein mangelndes Fürsorgeverhältnis zwischen Dritten und Prüfer (Schuldner) abzustellen. Abgesehen davon - dies nur zur Korrektur - daß sich die Rechtsprechung hinsichtlich der Rechtsgrundlage bzw. der systematischen und dogmatischen Einordnung des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte auf § 157 BGB und nicht auf § 242 BGB stützt und daß Esser in den neueren Auflagen seines Lehrbuches längst mit dem herrschenden Schrifttum von richterlicher Rechtsfortbildung ausgeht, stellt Durchlaub auf ein Fürsorgeverhältnis zwischen Schuldner und Drittem ab. Nach überwiegender Ansicht wurde jedoch bislang primär das Verhältnis zwischen Gläubiger und Drittem als für die Entscheidung maßgeblich angesehen.

1) Vgl. dazu Musielak, Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten, 1 ff.; ders., JuS 1975, 796 ff.; Medicus, JuS 1974, 613 ff. (618); Berg, JuS 1977, 363 ff. (365).

2) Durchlaub, DB 1974, 905 ff.

Ein schutzwürdiges Interesse kann durchaus zwischen einem Unternehmen (als Gläubiger) und einem Kreditgeber (als Drittem) begründet sein. Vertragliche Drittersatzansprüche scheiterten in diesem Rahmen aber an einem für einen Wirtschaftsprüfer angeblich nicht überschaubaren und unbegrenzten Personenkreis.

Außerdem ist die Frage zu stellen ¹⁾, warum nicht ein zwischen einem Gericht und einem Sachverständigen begründetes Vertragsverhältnis u.U. Schutzwirkungen für den zu Begutachtenden haben soll ²⁾. Selbst bei einem vorliegenden öffentlich-rechtlichen Vertrag ist dieser Gedanke nicht zu verwerfen, zumal der BGH ausdrücklich die Gedanken des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte bei einem öffentlich-rechtlichem Verhältnis (Nutzungsverhältnis) für anwendbar hielt ³⁾.

Besonderes Gewicht ist jedoch auf eine sinnvolle Begrenzung des ersatzberechtigten Personenkreises zu legen. Bezüglich einer möglichen Drittberechtigung soll das Beispiel von Medicus ⁴⁾ bei einem Mietvertrag aufgegriffen werden, nämlich "Ehegatte - hausangehörige Kinder - andere hausangehörige Verwandte - Hausangestellte - Verwandte als gelegentliche Besucher - andere Besucher - unbefugte Eindringlinge." Die Aufzählung verdeutlicht, daß nur einem Teil dieser Personen auch ein vertraglicher Anspruch zukommen kann. Die Bestimmung gerade dieses Personenkreises führt zu einer Lösung der oben gestellten Abgrenzungsfrage und stellt den im folgenden zu behandelnden und im Mittelpunkt dieser Arbeit stehenden Problemkreis dar.

1) Besonders bzgl. der Entscheidung BGH, Urt. v. 18.12.1973, NJW 1974, 312 ff. m. Anm. von Hellmer, 556 f.

2) So vor allem Musielak, 32 ff.

3) BGH, Urt. v. 20.6.1974, NJW 1974, 1816 ff. (1817).

4) Vgl. Medicus, JuS 1974, 613 ff. (618, Fn. 46).

4. Drittbestimmungsprobleme

Die Abgrenzung zu den Fällen in denen dritten Personen nicht mehr vertragliche sondern ausschließlich deliktische Ansprüche zustehen, sowie die damit in unmittelbarem Zusammenhang stehende Frage nach dem "Wann" eines Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte führen zu dem noch offenen Problem der Bestimmung des geschützten Personenkreises. Schwierigkeiten ergeben sich vornehmlich wegen der vielfältigen und nicht begrenzbaren Fallkonstellationen aus denen vertragliche Drittersatzansprüche resultieren können.

Zwei Beispiele aus der Rechtsprechung sollen zur Einführung genügen:

Ein Ehemann besucht seine als Privatpatientin im Krankenhaus untergebrachte Frau. Beim Verlassen des Krankenhauses kommt er auf Grund des verkehrswidrigen Zustandes des Hauptportals zu Fall und erleidet schwere Verletzungen. Die sich auf Vertragsverletzung stützenden Schadenersatzansprüche wurden abgewiesen und zwar unabhängig davon ob der Ehemann den Krankenhausaufnahmevertrag mit dem Krankenhaus selbst abgeschlossen hat, oder ob seine Frau als Vertragspartei aufgetreten ist ¹⁾.

Warum soll der abgeschlossene Vertrag nicht Schutzpflichten gegenüber dem seine Frau besuchenden Ehemann begründen, zumal die Ermöglichung derartiger Besuche durchaus der Betreuung des Kranken durch das Krankenhaus zuzurechnen ist? Kommt es andererseits auf eine bestehende Hausgemeinschaft für den Schutz des Ehemanns an, oder gar auf den Verwandtschaftsgrad? Wo und wie sind die Grenzen für eine beschränkte Teilnahme dritter Personen an einem Schuldverhältnis?

1) BGH, Urt. v. 10.5.1951, BGHZ 2, 94 ff.; vgl. neuerdings dazu OLG Düsseldorf, Urt. v. 3.10.1974, NJW 1975, 596 f.

Soll was für den Mietvertrag selbstverständlich, nicht auch für den Krankenhausaufnahmevertrag gelten?

In einem anderen Fall hat der Vermieter V an die Firma D gewerbliche Räume für eine Papiergroßhandlung und ein Stockwerk darüber an S Räume zum Betrieb einer Schreinerei vermietet. Die in der Schreinerei befindliche Wasserleitung lag offen über dem Verputz der Wand. Während der Schließung des Betriebes über die Weihnachtstage wurde die Leitung durch Frost beschädigt. Das auslaufende Wasser drang durch die Decke und verursachte erheblichen Sachschaden im Papierlager des D¹⁾.

Die geltend gemachten vertraglichen Schadensersatzansprüche der Firma D gegen den V wurden abgewiesen. Fraglich könnte sein, warum sich aus dem zwischen S und V bestehenden Mietvertrag keine Schutzwirkungen zugunsten der Firma D ergeben sollen. Ist es von Bedeutung, daß es sich hier nicht um die typische Konstellation eines Mietvertrages mit Schutzwirkungen für Dritte handelt, bei dem beispielsweise Schadensersatz von einem Angehörigen des Mieters vom Vermieter verlangt wird - der Schutzbereich sich also auf Seiten des Mieters befindet? Ergeben sich Unterschiede, wenn ein Mietvertrag über gewerbliche Räume und nicht über Wohnraum vorliegt?

Anhand der beiden Beispiele ist ersichtlich, daß nach Kriterien für eine möglichst klare und eindeutige Bestimmung des geschützten Personenkreises zu suchen ist, nicht zuletzt deshalb, um einerseits die Ausweitung des Rechtsinstituts des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte in das Uferlose zu verhindern und um andererseits nicht die Grenzen zwischen der Vertragshaftung und der Haftung aus unerlaubter Handlung vollends zu verwischen.

1) BGH, Urt. v. 9.10.1968, JR 1969, 141 ff. m. Anm. Berg.

a) Drittbestimmung als allgemeines Problem

Dem Problem einer Bestimmung dritter Personen begegnet man in unterschiedlicher Weise. Es kann auftreten im Rahmen vertraglicher Ansprüche auf Leistung oder auch auf Schadensersatz, gesetzlich normiert, oder außergesetzlich anerkannt; außerdem bei einem Drittschadensersatz nach Deliktsrecht. Die jeweilige verwandte Problemlage soll an diesen Beispielen nur kurz aufgezeigt und nach möglichen Anhaltspunkten für eine Drittbestimmung beim Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte untersucht werden.

aa) Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 BGB

Beim echten oder berechtigenden Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 BGB erlangt der Dritte einen unmittelbaren eigenen Anspruch gegen den Versprechenden auf die Leistung, obwohl diese gesetzliche Fixierung dem Grundsatz widerspricht, daß rechtliche Beziehungen nur unter den unmittelbar am Vertragsschluß Beteiligten entstehen (Relativität des Schuldverhältnisses) ¹⁾. Auf den Unterschied zwischen Vertrag zugunsten Dritter und Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte wurde bereits ausführlich eingegangen ²⁾.

1) Vgl. Larenz, SchR I, § 17 I (180) und oben 1 ff.; an dieser Stelle ist erneut auf den Beitrag von Kessler, Festschrift für E. Wahl, 81 ff. hinzuweisen, der sich mit der Zurückdrängung dieses Prinzips der Relativität des Schuldverhältnisses ("privity of contract") im amerikanischen Recht unter Berücksichtigung des sozialen Gedankens des Vertrages bzw. der Vertragsordnung befaßt.

2) Vgl. oben. S. 10 ff.

Überdies erfolgt beim Vertrag zugunsten Dritter eine Bestimmung der Person des Anspruchsberechtigten in dem Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner. Da die Bestimmbarkeit des Begünstigten genügt, kann der Vertrag selbst zugunsten einer noch unbekannten Nachkommenschaft abgeschlossen werden ¹⁾. Nicht zu verwechseln ist dieser Fragenkreis mit der Regelung des § 328 II BGB. Nach dieser Vorschrift kann unter bestimmten Voraussetzungen ermittelt werden, ob ein Recht zugunsten eines Dritten existiert, nicht aber welcher Person es konkret zusteht.

Beim Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte haben Gläubiger und Schuldner keine Vereinbarung über die Person des Dritten getroffen, so daß sich insoweit keine Anhaltspunkte für die Abgrenzung des ersatzberechtigten Personenkreises ergeben. Gleiches muß im Rahmen des Bereicherungsausgleichs gemäß § 812 I BGB (Leistungskondiktion) beim Vertrag zugunsten Dritter für den Problemkreis gelten, ob die jeweilige Leistung an den Versprechensempfänger oder den Dritten erfolgt ist ²⁾.

1) Erman-H.P. Westermann, § 328, Rdn. 6; Soergel-Reimer-Schmidt, § 328, Rdn. 3; RG, Urt. v. 23.11.1922, RGZ 106, 120 ff. (126); RG, Urt. v. 25.5.1927, RGZ 117, 143 ff. (149).

2) Vgl. dazu Medicus, § 27 II 4b bb (319), der die ganz h.M. so formuliert: "Beim echten Vertrag zugunsten Dritter ist Empfänger der Leistung des Versprechenden, wer in engerer Verbindung zu dem mit dieser Leistung verfolgten Zweck steht"; zu dem Meinungsstreit siehe die Hinweise ebenda.

bb) Drittbestimmung durch Gesetz

(1.) §§ 618 III BGB, 62 III HGB, 701 BGB

Als Ausnahme von dem Grundsatz des Deliktsrechts, daß Ersatz nach den §§ 823 ff. BGB nur derjenige verlangen kann, dessen absolutes Recht oder geschütztes Rechtsgut durch das deliktische Verhalten verletzt worden ist, hat der Gesetzgeber den Ersatz von Drittschäden in einigen Vorschriften des Vertrags- und Deliktsrechts ermöglicht ¹⁾.

Als vertragliche Ansprüche sind die §§ 618 III BGB und 62 III HGB trotz ihrer Verweisung auf die §§ 842 ff. BGB bzgl. der Bestimmung des ersatzberechtigten Personenkreises anzusehen ²⁾. Es mag genügen, wenn diese gesetzliche Drittbestimmung erst bei der anschließenden Behandlung der §§ 844 ff. BGB untersucht wird.

Bei dem vertraglichen Drittersatzanspruch gemäß § 701 BGB hat der Gastwirt für den Schaden einzustehen, der an den vom Gast eingebrachten Sachen entsteht, gleich-

1) Dem mittelbar Geschädigten wird dagegen kein Anspruch zugebilligt, vgl. Esser, SchR II (4. Aufl.) § 112, 1 (450).

2) Vgl. Eike Schmidt, § 11 II, in Athenäum-Zivilrecht I, 608, danach sollen die §§ 618 III BGB und 62 III HGB eine gesetzliche Anerkennung des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte sein. Der Anwendungsbereich des § 618 III BGB wurde von der Rechtsprechung sogar auf Verträge erweitert, die eine ähnliche Tätigkeit von dem Verpflichteten verlangen, für den Werkvertrag u.a. BGH, Beschl. v. 5.2.1952, BGHZ 5, 62 ff.; für den Auftrag u.a. BGH, Urt. v. 9.2.1955, BGHZ 16, 265 ff. (267).

gültig, ob sie dem Gast oder einem anderen Eigentümer gehören¹⁾. Obligatorisch Berechtigte oder auch nur faktisch Geschädigte werden jedoch durch § 701 BGB nicht geschützt.

Eine Drittbestimmungsproblematik, die für diese Arbeit von Interesse wäre, ist nicht auffällig.

(2) §§ 844, 845 BGB

An deliktsrechtlichen Vorschriften zur Gewährung von Drittschadensersatz sind vor allem die §§ 844 II, 845 BGB²⁾ von Bedeutung. Während nach § 844 II BGB der Unterhaltsberechtigte eines Getöteten Ausgleich für den entgangenen Unterhalt verlangen kann, schafft § 845 BGB im Falle der Tötung oder Verletzung einen Ausgleichsanspruch für einen Dritten, dem der Verletzte gesetzlich zu Dienstleistungen verpflichtet war. Für die Anspruchsberechtigung wird aufgegliedert einerseits nach der Art der Personen in Hinterbliebene (§§ 844, 845 BGB) und Angehörige (§ 845 BGB) des Verletzten und andererseits bzgl. des entstehenden Schadens nach Unterhalt (§ 844 II BGB) und ent-

1) Vgl. Larenz, SchR II, § 59 (332); Fikentscher, § 87 II 5 (520), hinzuweisen ist auf den Streit, welcher Person der Ersatzanspruch zustehen soll, wenn die eingebrachte Sache dem Gast nicht gehört. Fraglich ist, ob es sich bei § 701 BGB um eine gesetzlich anerkannte Form der Drittschadensliquidation - damit Anspruchsberechtigung beim Gast, so die h.M. Larenz, SchR II, § 59 (332); Fikentscher, § 87 II 5 (520); Palandt-Thomas, § 701, 1 - oder des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte mit der Anspruchsberechtigung beim Eigentümer handelt - so Hagen, 223 f. mit beachtlichen Argumenten.

2) Entsprechend etwa die §§ 3 II HaftpflichtG; 10 II StVG; 35 II LuftVG; 28 II AtomG.

gangenen Diensten (§ 845 BGB) ¹⁾. Der Kreis der ersatzberechtigten Angehörigen richtet sich bei Verletzung wie bei Tötung nach familienrechtlichen Vorschriften über das Unterhaltsrecht ²⁾ und erscheint somit als recht weit. Praktisch erstreckt sich die Ersatzpflicht selten auf diesen weiten Personenkreis. Ein Anspruch gemäß § 844 II BGB besteht nämlich nur dann, wenn das Erfordernis der Bedürftigkeit für eine Unterhaltspflicht gegeben ist ³⁾.

An dieser Stelle ist aber darauf hinzuweisen, daß eine Erweiterung des ersatzberechtigten Personenkreises im Gespräch ist ⁴⁾. Ansätze in Rechtsprechung und Lehre haben zwar nicht zu einer Einbeziehung neuer Personengruppen geführt, da sich Diskussionen darüber vor allem auf unterhaltsrechtliche Gesichtspunkte beschränkten. Damit zusammenhängende Fragen des Deliktsrechts wurden nicht berücksichtigt ⁵⁾,

-
- 1) Merkwürdigerweise werden durch § 844 II BGB - i.G. zu § 845 BGB für die "entgangenen Dienste" - nicht die Ansprüche der Angehörigen des Verletzten wegen entgangenen Unterhalts geregelt. Historisch bedingt (vgl. Mugdan II, Motive BGB, 444) können aber im Rahmen des Ersatzanspruches des Verletzten die Schäden Dritter wegen entgangenen Unterhalts geltend gemacht werden (§§ 842, 843 BGB).
 - 2) Hauptsächlich über die §§ 1360 ff., 1762 ff. BGB, 58 ff. EheG (Fassung bis 30.6.1977); s. ansonsten die Hinweise bei Palandt-Thomas, § 844, 4.
 - 3) Problematisch ist die Frage des Ersatzanspruches eines getöteten nasciturus: die h.M. - Heldrich, JZ 1965, 593 ff.; Selb, AcP 166 (1966), 76 ff.; Larenz, AT, § 5 II (76) - billigt den Angehörigen keine Ansprüche zu; a.A. E. Wolf, 165 und 169, ähnlich Krüger, FamRZ 1957, 103 f.; über die Problematik im amerikanischen Recht vgl. Rheinstein, Festschrift für F. v. Hippel, 373 ff.
 - 4) Ausführlich zu dem gesamten Problemkreis die Arbeit von Wichelhaus, insbesondere die Vorschläge 252 ff.
 - 5) Eine Ausdehnung des Anspruches gemäß §§ 844 II, 845 BGB über den o.a. Personenkreis hinaus wird allgemein abgelehnt, s. RG, Urt. v. 25.9.1905, RGZ 61, 293 ff. (295); RG, Urt. v. 6.7.1912, RGZ 80, 48 ff. (50); Erman-Drees, § 844, Rdn. 4.

wie auch sonst "familienrechtliche Fragen des Deliktsrechts von der schuldrechtlichen Literatur weitgehend ausgeklammert werden" ¹⁾. Schließlich soll noch auf den Wandel der Familienstruktur ²⁾ und die dadurch notwendigen gesetzgeberischen Konsequenzen für das Unterhaltsrecht - entsprechend der Praxis des Sozialhilferechts - aufmerksam gemacht und das BGB insoweit kritisiert werden ³⁾.

Die erforderliche nahe Beziehung zwischen dem Angehörigen und dem Verletzten, die bzgl. der Anspruchsberechtigung durch die derzeitige Regelung der gesetzlichen Unterhaltspflicht immerhin eine klare Begrenzung erhalten hat, läßt darauf schließen, daß vom Gesetzgeber für den Ersatz von Drittschäden ein besonderes Fürsorgeverhältnis zwischen Berechtigtem und Verletztem für erforderlich gehalten wird ⁴⁾.

(3) Fernwirkungs-, Reflex-, Schockschäden

Das Problem der Drittbestimmung bei sogenannten Fernwirkungs- oder Reflexschäden, das insbesondere bei Schockschäden ⁵⁾ wichtig geworden ist, soll ebenfalls in diesem Rahmen aufgegriffen werden, obwohl es im Gesetz keinen Niederschlag gefunden hat. Es handelt sich nämlich nach ganz h.M. ⁶⁾ nicht um

1) Jayme, 20.

2) Von der Großfamilie zur Zeit der Jahrhundertwende zur derzeitigen Kleinfamilie.

3) Ähnlich Landfermann, RabelsZ 35 (1971), 505 ff. (522).

4) Als Kriterium kann dies jedoch nicht genügen, vgl. z.B. die Situation bei einem Stiefkind.

5) Z.B. folgender Fall: S tötet B bei einem Autounfall. Als die Ehefrau F vom Tode ihres Mannes (B) erfährt, erleidet sie einen Nervenschock.

6) RG, Urt. v. 21.9.1931, RGZ 132, 271 (272 f.); BGH, Urt. v. 11.5.1971, NJW 1971, 1883 ff. (1885); Berg, NJW 1970, 515 f.; Deubner, JuS 1971, 622 ff. (623); a.A. v. Hippel, NJW 1965, 1890.

ein Problem des Drittschadensersatzes i.S.d. §§ 844 ff. BGB. Die "Vermittlung" des Schadens ist als unmittelbare Körper- bzw. Gesundheitsverletzung i.S.d. § 823 I BGB anzusehen und nicht als mittelbarer Schaden.

Offen bleibt die Frage, wie weit der Kreis der bei Fernwirkungsschäden ersatzberechtigten Personen zu ziehen ist. Dogmatisch geht es hier um die haftungsbegründende Kausalität.

Rechtsprechung und Schrifttum bejahen grundsätzlich dann eine Ersatzpflicht, wenn nächste Angehörige (Eltern, Kinder) als unmittelbar Verletzte betroffen werden ¹⁾. Problematisch bleibt, ob auch in den Fällen eine Ersatzpflicht begründet ist, in denen der Zweitgeschädigte kein Verwandter des Erstgeschädigten ist, oder nur in einer engen Beziehung (z.B. Verlobter) zu ihm steht. Teilweise wird eine Ersatzpflicht abgelehnt aus Zumutbarkeitserwägungen ²⁾, teils mangels adäquater Kausalität ³⁾. Zum anderen wird Schadensersatz gewährt bei positiver Schuldzurechnung ⁴⁾ und letztlich im Rahmen der Normzwecktheorie ⁵⁾.

Festzustellen ist erneut der Schutz naher Familienangehöriger, obwohl der maßgebliche Verwandtschaftsgrad nicht eindeutig bestimmbar ist. Weitergehende Kriterien lassen sich wegen der sehr unterschiedlichen Ansichten kaum herausstellen.

1) So die h.M. vgl. Eike Schmidt MDR 1971, 538 ff. m.w.N.

2) Vgl. v. Hippel, NJW 1965, 1890.

3) LG Tübingen, Urt. v. 29.11.1967; NJW 1968, 1187 f. (1187).

4) Vgl. Deubner, JuS 1971, 622 ff. (624).

5) Vgl. Berg, NJW 1970, 515 f. (516); auch für besonders obhutspflichtige Personen; a.A. Esser, SchR II, § 112 II 1 (450 f.).

(4) § 1298 I BGB

Gesetzliche Berücksichtigung von Drittinteressenten bei der Schadensregelung findet sich schließlich noch in § 1298 I BGB. Danach hat ein Verlobter bei einem Rücktritt vom Verlöbniß dem anderen Verlobten, dessen Eltern wie auch dritten Personen, welche an deren Stelle gehandelt haben, den Schaden zu ersetzen, der daraus entstanden ist, daß sie in Erwartung der Ehe Aufwendungen gemacht haben bzw. Verbindlichkeiten eingegangen sind. In der Regelung des § 1298 I BGB wird deshalb eine gesetzliche Anerkennung des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte gesehen ¹⁾. In den Schutzbereich sind neben dem ersatzberechtigten Verlobten seine Eltern einbezogen und Personen, die an deren Stelle gehandelt haben. Zu denken ist in erster Linie an Pflegeeltern, Freunde, Angehörige und Bekannte ²⁾. Der Kreis der Ersatzberechtigten ist damit recht weit und nicht genau ein- bzw. abgrenzbar. Er ist allerdings auf diejenigen Dritten beschränkt, die in Erwartung der Ehe angemessene Aufwendungen gemacht haben, nicht aber auf jeden, der im Hinblick auf die Ehe den Verlobten etwas geschenkt hat ³⁾.

1) Beitzke, Festschrift für Ficker, 83; ders., Familienrecht, § 5 III 2 b (23); Medicus, JuS 1974, 613 ff. (618, Fn. 41); a.A. Gernhuber, Familienrecht, § 8 V 3 (74), weil er in § 1298 I BGB einen Ersatz von Vermögensschäden nach Nichterfüllung sieht, der über den Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte nicht ersetzbar sei.

2) Vgl. Gernhuber, Familienrecht, § 8 V 3 (74); Palandt-Diederichsen, § 1298, 3 a; Erman-Heckelmann, § 1298, Rdn. 14.

3) Vgl. dazu ausführlich Gernhuber, Familienrecht, § 8 V 3 (74).

cc) Drittschadensliquidation

Die Frage der Drittbestimmung steht bei der Drittschadensliquidation nicht im Vordergrund, da bei diesem oben schon näher dargestellten Institut der Dritte selbst keinen eigenen Anspruch hat, sondern der Ersatzberechtigte den Schaden des Dritten "liquidiert". Dennoch ist auf die Drittschadensliquidation einzugehen, zumal es letztlich darum geht, dem Dritten einen Ersatz für seinen Schaden zu geben ¹⁾.

Hier interessiert dementsprechend nur das allgemeine Prinzip, das den wohl gewohnheitsrechtlich anerkannten Fallgruppen - mittelbare Stellvertretung, obligatorische Entlastung, Obhut für fremde Sachen ²⁾ - zugrunde liegt. Neben der erforderlichen zufälligen Schadensverlagerung vom Ersatzberechtigten auf den Dritten muß zwischen diesen ein gesetzliches oder vertragliches Schuldverhältnis - oder doch eine besondere Interessenverknüpfung bestehen, aufgrund derer der Dritte einerseits die wirtschaftliche Gefahr der Pflichterfüllung durch den Schuldner trägt, und der Gläubiger andererseits den Schaden des Dritten geltend machen darf ³⁾. Nur in diesen Fällen wird das Schadensrisiko des Schuldners nicht erhöht.

1) Vgl. oben S. 25 ff.

2) Allerdings nicht unstreitig, vgl. u.a. Hagen, JuS 1970, 442 ff.

3) Vgl. Larenz, SchR I, § 27 IV 2 (372 ff.).

dd) Zwischenergebnis

Es ist festzustellen, daß Drittbestimmungsprobleme in unterschiedlicher Weise sowohl im Vertrags- als auch im Deliktsrecht auftreten. Die Darstellung dieses allgemeinen Fragenkreises sollte weder zu einer Lösung der Problematik beim Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte führen noch können die gefundenen Kriterien und "Modelle" für die Bestimmung der jeweiligen Dritten beim Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte übernommen und insoweit gleichgesetzt werden. Wesentliche gedankliche Anhaltspunkte oder mögliche Vorschläge für den hier interessierenden Problemkreis hat die Untersuchung der Drittbestimmung durch Gesetzgeber, Rechtsprechung und Lehre bei anderen Instituten nicht ergeben. Hinzuweisen ist im einzelnen lediglich auf das Erfordernis eines Fürsorgeverhältnisses zwischen Berechtigtem und Verletztem bei den §§ 842 ff. BGB, das sich aus der notwendigen gesetzlichen Unterhaltsverpflichtung ergibt und das selbst unter Berücksichtigung einer möglichen Erweiterung des ersatzberechtigten Personenkreises nicht bezweifelt werden kann. Ebenso ist die Anspruchsberechtigung naher Verwandter bei den Schockschäden auffällig. Dieser Schutz naher Angehöriger könnte auch beim Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte besondere Bedeutung erlangen, nicht dagegen die Drittbestimmung zwischen Gläubiger und Schuldner beim Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 BGB. Außerdem ist neben verwandtschaftlichen Beziehungen zur Abgrenzung des ersatzberechtigten Personenkreises bei § 1298 I BGB vornehmlich auf vermögenswerte Aufwendungen abzustellen. Wichtig erscheint noch, daß selbst bei der Drittschadensliquidation ein Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Drittem oder zumindest eine besondere Interessenverknüpfung gefordert wird, obwohl dem Dritten kein eigener Anspruch zukommen soll.

b) Lösungsversuche beim Vertrag mit Schutzwirkungen
für Dritte

Entsprechend der nach dem Rechtscharakter des jeweiligen Instituts, rechtspolitisch und nach der Situation des Einzelfalles unterschiedlichen und deshalb insgesamt uneinheitlichen Drittbestimmung in anderen Bereichen, können die Schwierigkeiten bei der Abgrenzung des geschützten Personenkreises beim Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte nur unter besonderer Berücksichtigung von Sinn und Zweck dieses Rechtsinstitutes und des Verhältnisses von Gläubiger, Schuldner und Drittem überwunden werden. Der Erkenntnis, daß dogmatische Bemühungen um eine solche Grenzziehung derzeit nutzlos sind ¹⁾, ist durchaus zuzustimmen, da sie zu einer unnötigen Beschränkung des Kreises der ersatzberechtigten Dritten führen könnten ²⁾. Andererseits ist aus Gründen der Rechtssicherheit für eine konkrete Drittbestimmung ein Eingehen auf die Möglichkeiten einer tatbestandsmäßigen Abgrenzung erforderlich.

Als Ansatzpunkt dienen die von Rechtsprechung und Lehre aufgestellten Kriterien, die den Vertragsschutz auf Dritte in beschränktem Umfang zulassen. Auf Fallgruppen soll hier nicht umfassend, sondern nur insoweit eingegangen werden, als sich Ausnahmen von bestimmten Grundregeln ergeben.

Für eine tatbestandsmäßige Abgrenzung des geschützten Personenkreises kommen zwei verschiedene Lösungsansätze in Betracht. Entweder stellt man primär auf die Interessenlage der Parteien des Leistungsverhältnisses ab oder aber auf das Schutzinteresse des Dritten.

1) Vgl. v. Caemmerer, Wandlungen, 49 ff. (61).

2) Unabhängig davon war die Erörterung der dogmatischen Grundlagen zu Beginn (vgl. oben S. 10ff) logisch vorrangig und auch erforderlich-schon wegen des unverkennbar engen Zusammenhanges mit den Lösungsversuchen bei der Drittbestimmung.

aa) Interessenlage des Leistungsverhältnisses

Die Rechtsprechung ¹⁾ und der wohl überwiegende Teil des Schrifttums ²⁾ gehen vom objektiven Sinngehalt des primären Leistungsverhältnisses aus. Danach kommt es für die Frage, wer schutzberechtigter Dritter mit eigenem Anspruch sein soll auf die Interessenlage dieses Rechtsverhältnisses an ³⁾.

Von diesem Ausgangspunkt ist es natürlich, wenn die schon erwähnten Kriterien der in Einzelfragen uneinheitlichen Rechtsprechung ⁴⁾ nicht nur zur Beantwortung der Frage herangezogen werden, wann ein Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte vorliegt, sondern ebenso darüber Aufschluß geben sollen, welche Dritten ersatzberechtigt sind. Unter Berücksichtigung der Interessenlage des Leistungsverhältnisses können grundsätzlich nur diejenigen Dritten Schadensersatzansprüche geltend machen, die durch den Gläubiger mit der Leistung des Schuldners in Berührung kommen und an deren Schutz der Gläubiger ein dem Schuldner erkennbares Interesse hat.

-
- 1) Ständige Rechtsprechung seit BGH, Urt. v. 25.4.1956, NJW 1956, 1193 f.; BGH, Urt. v. 15.5.1959, NJW 1959, 1676 f., in neuerer Zeit BGH, Urt. v. 19.9.1973, BGHZ 61, 227 ff. (233); BGH, Urt. v. 29.11.1974, NJW 1975, 344 f. (344); BGH, Urt. v. 12.7.1977, JZ 1977, 721 ff. (722).
 - 2) Vgl. Esser-Schmidt, SchR I, § 34 IV 2.2 (216 f.); Larenz, SchR I, § 17 II (185 f.); ders., NJW 1956, 1193 f. (1194); Medicus, § 33 IV 7 b (389 f.); Palandt-Heinrichs, § 328, 2 b; Erman-H.P. Westermann, § 328, Rdn. 12; Fikentscher, § 37 IV 3 (155); Blomeyer, § 42 IV 3 (259); Berg, MDR 1969, 613 ff. (615); Bydlinski, JBl 1960, 359 ff. (362); Zunft, AcP 153 (1954), 373 ff. (386 ff.); Weimar, NJW 1959, 1860 f. (1861); Zirkel, NJW 1956, 1675 f. (1676).
 - 3) Vgl. Hagen, 22 oben.
 - 4) Dazu Schlechtriem, 359, der allerdings die Abgrenzung durch den BGH als "sehr sorgfältig und vorsichtig" bezeichnet.

(1) Ersatzberechtigt können nur Personen sein, deren Rechtsgüter durch die vertragswidrige Leistung beeinträchtigt werden. Zur Eingrenzung dieses weiten Personenkreises sind jedoch bestimmte Anforderungen an dieses Merkmal der "Leistungsnähe" zu stellen, die im einzelnen zwar erhebliche Unterschiede aufweisen, sich letztlich aber ergänzen und nur teilweise hier erwähnt werden sollen ¹⁾.

Vom Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner ausgehend wird es für notwendig erachtet, daß der Dritte bestimmte Güterkontakte hat und der Vertrag inhaltlich drittbezogen ist ²⁾, bzw. eine personelle Zielrichtung zu bestimmten Dritten aufweist ³⁾. Stellt man außerdem noch darauf ab, daß die vertragliche Leistung dem Dritten "mit zugute kommen soll" ⁴⁾, so erscheint dieses Kriterium als unnötig eng ⁵⁾, da die Leistung allein dem Gläubiger gegenüber zu erbringen und ein "zugute -kommen-sollen" nur schwerlich feststellbar ist.

Überwiegend wird als Voraussetzung für die "Leistungsnähe" von denjenigen, die eine Drittbestimmung aus der Interessenlage des Leistungsverhältnisses vornehmen, verlangt, daß der Dritte mit der vom Schuldner zu erbringenden Leistung mehr oder minder zwangsläufig in gleicher Weise in Berührung kommen muß wie der Gläubiger ⁶⁾. Doch läßt es die Recht-

1) Anders allerdings u.a. Gernhuber, Festschrift für Nikisch, 249 ff. (270); Stuckart, 92 ff., auf deren Ansicht noch ausführlich eingegangen wird.

2) Blomeyer, § 42 IV 3 (259).

3) W.D. Lange, 115.

4) Weimar, NJW 1959, 1860 f. (1861); v. Caemmerer, Wandlungen, 49 ff. (60).

5) Vgl. zu sonstigen älteren Ansichten aus dem Schrifttum Johlen, 51.

6) BGH, Urt. v. 15.5.1959, NJW 1959, 1676 f. (1677); BGH, Urt. v. 3.11.1961, VersR 1962, 86 ff. (88); BGH, Urt. v. 22.1.1968, BGHZ 49, 350 ff. (354); Medicus, § 33 IV 7 b, aa (389); Larenz, Schr I, § 17 II (186); Fikentscher, § 37 IV 3 (155); Esser-Schmidt, Schr I, § 34 IV 2.2 (216); RGRK-Alff, § 242, Anm. 46.

sprechung in der Mehrzahl der Entscheidungen bei dem Hinweis auf diese Anforderungen genügen und verweist auf die weiteren Voraussetzungen ¹⁾, wohl deshalb, weil dieses Kriterium insgesamt relativ unscharf ist ²⁾. Dies mag eine Erklärung für die in diesem Punkt teilweise uneinheitliche Rechtsprechung sein. Die auftretenden Schwankungen sollen anhand einiger Beispiele kurz aufgezeigt werden:

Einerseits scheiterte der Drittersatzanspruch eines vorübergehend zu Besuch weilenden Angehörigen eines Mieters, weil nur eine "flüchtige Berührung" ³⁾ zur Leistung vorhanden gewesen sei ⁴⁾, sowie aus den gleichen Gründen ein Anspruch der nur an einigen Wochentagen im Haushalt des Mieters tätigen Aufwartefrau ⁵⁾.

Zum anderen berief sich der BGH ⁶⁾ bzgl. einer Anspruchsberechtigung von Hilfspersonen des Mieters zwar auf das Erfordernis eines Fürsorge- bzw. Obhutsverhältnisses zwischen Gläubiger und Drittem. Im Vordergrund stand bei diesem Fall jedoch die Ausübung des Mietgebrauchs durch den Dritten entsprechend dem Inhalt des Vertrages und die damit verbundene Gefahr einer möglichen Schadensersatzpflicht des Dritten gegenüber dem Vermieter. Ob dadurch die Leistungsnähe des Dritten zum Ausdruck kommen sollte oder ob ein besonderes Schutzinteresse des Mieters an seiner Hilfsperson zu dessen Anspruchsberechtigung führte, wird nicht klar ersichtlich.

1) So BGH, Urt. v. 18.6.1968, NJW 1968, 1929 ff. (1931).

2) Vgl. dazu H.P. Westermann, Schwerpunkte Schr AT, § 17 II (135) und die Kritik bei Stuckart, 90 ff.

3) So Stuckart, 90 Fn. 1.

4) LG Stuttgart, Urt. v. 23.9.1953, VersR 1954, 247.

5) KG, Beschl. v. 29.7.1937, JW 1937, 2592.

6) BGH, Urt. v. 19.9.1973, BGHZ 61, 227 ff. (233 f.).

Als entscheidender Gesichtspunkt für die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich eines Vertrages wurde weiterhin - so vor allem bei Miet-, aber auch bei Kaufverträgen ¹⁾ - darauf abgestellt, ob der Dritte nach dem Inhalt des Vertrages den Mietgebrauch bestimmungsgemäß ausübt ²⁾, oder allgemeiner, ob der Dritte bestimmungsgemäß mit der Leistung bzw. dem Leistungsgegenstand in Berührung gekommen ist ³⁾. Bemerkenswert und gesondert hervorzuheben ist die Tatsache, daß der sonst im Mittelpunkt stehenden Obhuts- bzw. Fürsorgepflicht des Gläubigers für den Dritten in diesen Fällen nur untergeordnete Bedeutung zukam.

Schließlich wurde der Anspruch einer Ehefrau abgelehnt, die auf dem Soziussitz des Motorrades ihres Mannes bei einem Unfall verletzt wurde ⁴⁾. Die Ursache war ein vom Ehemann gekauftes, fehlerhaft gefertigtes Hinterrad. Obwohl die Ehefrau mit der vertraglichen Leistung ebenso in Berührung gekommen war wie ihr Mann als Gläubiger und trotz eines erkennbaren Interesses des Ehemannes am Schutz seiner Frau - entsprechend den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen - wurden keine Drittersatzansprüche gewährt.

Im ersten Ausgangsfall ⁵⁾ wurde vom BGH eine "Leistungsnähe" des Ehemanns verneint, da er mit der Hauptverpflichtung des Krankenhausaufnahmevertrages ⁶⁾

1) Vgl. schon BGH, Urt. v. 25.4.1956, NJW 1956, 1193 f. (1194).

2) So BGH, Urt. v. 7.7.1976, NJW 1976, 1843 f. (1844).

3) So BGH, Urt. v. 15.2.1978, NJW 1978, 883 ff.

4) LG Mainz, Urt. v. 2.6.1960, VersR 1962, 969 f. (969).

5) BGH, Urt. v. 10.5.1951, BGHZ 2, 94 ff.; vgl. oben S. 30.

6) Der BGH geht von einem Dienstvertrag aus, vgl. dazu neuerdings Uhlenbruck, NJW 1973, 1399 ff.

- ärztliche Behandlung, Betreuung und nur untergeordnet Unterkunft und Verpflegung - nicht in Berührung komme. Deshalb habe auch keine verletzbare und anspruchsbegründende Nebenpflicht entstehen können. Gleiches soll gelten, wenn mietvertragliche Elemente in den Vordergrund des Krankenhausaufnahmevertrages gestellt würden. Der Ehemann A habe nämlich keine räumliche Beziehung zum Krankenhaus. Ein vertraglicher Anspruch des Ehemannes wurde demnach mangels Leistungsnähe verweigert.

Beim zweiten Fall über den Schutzbereich eines Mietvertrages auf Seiten des Vermieters ¹⁾ wurde vom BGH sogleich auf das erforderliche Fürsorge- bzw. Obhutsverhältnis abgestellt. Auf das Merkmal der "Leistungsnähe" wurde nicht eingegangen ²⁾.

Insgesamt wird die Anforderung, daß der Dritte mit der vom Schuldner zu erbringenden Leistung in gleicher Weise in Berührung kommen muß wie der Gläubiger zur Abgrenzung des geschützten Personenkreises herangezogen, wegen ihrer Unbestimmtheit wohl aber nicht immer als notwendige Voraussetzung verlangt.

(2) Die Interessenlage des primären Leistungsverhältnisses wird vor allem daraufhin bewertet, ob der Gläubiger ein Interesse am Schutze des Dritten hat und damit ein Fürsorgeverhältnis zwischen Gläubiger und Drittem vorliegt ³⁾. Das Bestehen und die Inten-

1) BGH, Urt. v. 9.10.1968, JZ 1969, 141 ff., vgl. oben S. 31.

2) So auch BGH, Urt. v. 26.3.1974, NJW 1974, 1189 ff.

3) Die Anknüpfung an ein besonderes Interesse des Gläubigers am Schutz des Dritten hat ihren Ausgangspunkt in der Begründung der Drittersatzansprüche über die ergänzende Vertragsauslegung.

sität dieses besonderen Verhältnisses ist ein wesentliches Kriterium zur Bestimmung des ersatzberechtigten Personenkreises ¹⁾. Die dazu vertretenen Ansichten erscheinen ähnlich unterschiedlich und unbestimmt wie schon bei dem Erfordernis der "Leistungsnähe".

(a) Schrifttum

Von einem Teil der Rechtslehre wird zur Beantwortung der Frage wann ein Interesse des Gläubigers am Schutz des Dritten besteht bzw. wie intensiv dieses sein muß, verlangt, daß der Gläubiger dem Dritten rechtlich oder moralisch zu Schutz und Fürsorge verpflichtet sein müsse ²⁾. Der unbestimmte Begriff der "moralischen Verpflichtung" führte weiter zu der Forderung, daß eine Fürsorgepflicht bestehen oder der Dritte dem Gläubiger sonst nahe stehen müsse ³⁾. Zu eng erscheint dagegen die Ansicht von Zunft ⁴⁾, der ein vertragliches oder gesetzliches Schuldverhältnis

-
- 1) Unberücksichtigt sollen die Fälle bleiben, bei denen ein Vertrag unmittelbar auf einen Dritten angelegt und um seinetwillen geschlossen worden ist, ohne daß ein echter Vertrag zugunsten Dritter vorliegt. (Eine nahe persönliche Beziehung bzw. Fürsorgeverhältnis soll dann entbehrlich sein; so Johlen, 60 f. und 71. Bedenken dagegen ergeben sich nicht zuletzt wegen fehlender Differenzierung zwischen echtem und unechtem Vertrag zugunsten Dritter.).
 - 2) Zirkel, NJW 1956, 1675 f. (1676); Larenz, NJW 1956, 1193 f. (1194); Bögemann, 38; Baxmann, 29; unklar Johlen, 71, der annimmt, daß das Schrifttum anstatt eines Interesses des Gläubigers am Schutz des Dritten eine besondere Verpflichtung, ein Fürsorgeverhältnis etc. verlangt. Verkannt wird, daß die verschiedenen Kriterien gerade aufzeigen sollen, wann ein solches Interesse vorliegt.
 - 3) Larenz, Schr I, § 17 II (186); Weimar, NJW 1959, 1860 f. (1861).
 - 4) Vgl. Zunft, AcP 153 (1954), 373 ff. (388 ff.); ders., MDR 1960, 543 ff. (544).

zwischen dem nicht verpflichteten Teil und dem Dritten verlangt, auf Grund dessen der Dritte Ersatzansprüche gegen den Gläubiger für die unsorgfältige Vertragserfüllung des Schuldners geltend machen kann ¹⁾. Eine derartige Sonderverbindung wird nur sehr selten vorliegen.

Während Johlen ²⁾ ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers an dem Dritten dann annimmt, wenn der Gläubiger dem Dritten "im Rahmen einer konkreten Gemeinschafts- oder Lebensbeziehung seinerseits zu Schutz und Fürsorge verpflichtet ist" oder in einer nahen persönlichen Beziehung zu ihm steht, geht ein anderer Teil der Rechtslehre davon aus, daß der Gläubiger auf die Sicherheit des Dritten ebenso vertrauen muß wie auf seine eigene ³⁾.

So verschieden diese Ansichten auch erscheinen, letztlich widersprechen sie einander nicht und können als gegenseitige Ergänzung betrachtet werden. Die Gründe dafür, wann bzw. in welchen Fällen ein Interesse der nicht zum Ersatz verpflichteten Vertragspartei an dritten Personen vorliegt, lassen sich nicht umfassend und erschöpfend aufzählen ⁴⁾.

1) Dazu noch Stuckart, 91.

2) Johlen, 71.

3) Vgl. Fikentscher, § 37 IV 3 (155); auch Larenz weist darauf hin, vgl. SchR I, § 17 II (169); Berg, MDR 1969, 613 ff. (615); teilweise wird diese Formulierung sogar vom BGH gewählt, BGH, Urt. v. 9.11.1960, BGHZ 33, 247 ff. (249); BGH, Urt. v. 26.11.1968, BGHZ 51, 91 ff. (96).

4) Vgl. Johlen, 72.

(b) Rechtsprechung

Auf die uneinheitliche und im Ergebnis schwankende Rechtsprechung soll gesondert eingegangen werden, obwohl sich keine wesentlichen Unterschiede zu den Auffassungen des Schrifttums ergeben ¹⁾. Um eine zu starke und unbillige Haftungserweiterung des Schuldners zu vermeiden, ist die Rechtsprechung grundsätzlich bemüht, den ersatzberechtigten Personenkreis einzuschränken. Dem Gläubiger muß am Schutz einer dritten Person besonders gelegen sein, um vertragliche Schutzpflichten des Schuldners annehmen zu können. Dieses Schutzinteresse wird dann bejaht, wenn zwischen dem Gläubiger und dem Dritten ein personenrechtliches Verhältnis besteht. Der Gläubiger muß auf Grund dessen "sozusagen für das Wohl und Wehe des Dritten mitverantwortlich sein, weil er ihm zu Schutz und Fürsorge verpflichtet ist." ²⁾ Ein solches Fürsorgeverhältnis mit personenrechtlichem Einschlag besteht vor allem bei familien-, arbeits-, mietrechtlichen ³⁾ oder ähnlichen Beziehungen. Den Ausgangspunkt bildet demnach ein "Fürsorgeverhältnis" sowie eine daraus resultierende Mitverantwortlichkeit.

Zusätzlich wird in manchen Entscheidungen gefordert, daß der geschützte Personenkreis begrenzt und überschaubar sein müsse ⁴⁾. Dieses Kriterium kommt in Aus-

1) Emmerich, § 3 III, in Athenäum-Zivilrecht I, 313 sieht in der Rechtsprechung keine einheitliche Linie und geht deshalb nur auf Fallgruppen ein; ähnlich Bydlinski, JBl 1960, 359 ff. (362 f.), der je nach Einzelfall entscheiden möchte.

2) BGH, Urt. v. 18.6.1968, NJW 1968, 1929 ff. (1931); BGH, Urt. v. 26.11.1968, BGHZ 51, 91 ff. (95); BGH, Urt. v. 9.10.1968, NJW 1969, 41 f. (41); BGH, Urt. v. 30.9.1969, NJW 1970, 38 ff. (40); BGH, Urt. v. 15.6.1971, BGHZ 56, 269 ff. (273) jeweils m.w.N.; im Schrifttum ebenso Medicus, § 33 IV, 7 b bb (390); Berg, NJW 1969, 1172 ff.

3) Allerdings nur bei der Wohnraummiete und nicht im Verhältnis Mieter - Untermieter.

4) Vgl. beispielsweise BGH, Urt. v. 9.11.1960, BGHZ 33, 247 ff. (249); Larenz, NJW 1956, 1193 f. (1194).

nahmefällen in Betracht, weil ein besonderes Schutzinteresse normalerweise auf einen kleinen Personenkreis beschränkt ist. In besonderen Situationen, die in der bisherigen Rechtsprechung recht selten geblieben sind, können jedoch sehr viele Personen in den Schutzbereich eines Vertrages einbezogen und damit anspruchsberechtigt sein ¹⁾. Ein unbegrenzter und unübersehbarer Personenkreis würde die Ersatzpflicht des Schuldners ungerechtfertigt erweitern.

Weiterhin hat die Rechtsprechung in anderen Fällen, in denen ein Verhältnis mit personenrechtlichem Einschlag oder eine Mitverantwortlichkeit nicht vorlagen, vertragliche Schutzwirkungen zugunsten dritter Personen angenommen und somit Ausnahmen von dem o.a. Grundsatz zugelassen ²⁾.

Auch ohne personenrechtliches Verhältnis ist nämlich an eine Mitverantwortlichkeit des Gläubigers gegenüber dem Dritten zu denken, sei es, daß er für Schäden des Dritten aufzukommen hat oder sich ihm aus wirtschaftlichen Gründen verpflichtet fühlt ³⁾. Beispielsweise hat der BGH ⁴⁾ bei der Ladenmiete den Schutzbereich des Mietvertrages auf Seiten des Mieters auch auf mieterfremde Sachen ausgedehnt ⁵⁾. Auf Grund eines vom Vermieter zu vertretenden Mangels waren Gegenstände in den Geschäftsräumen bei einem

1) Beispielsweise bei einer großen Zahl von Arbeitnehmern in einer Fabrik.

2) Vgl. die schon zuvor erwähnten Beispiele, oben S. 46.

3) Vgl. H.P. Westermann, Schwerpunkte SchR AT, § 17 II (135).

4) Ähnlich bei der Lagermiete BGH, Urt. v. 10.1.1968, JZ 1968, 304; BGH, Urt. v. 17.12.1969, JZ 1970, 375 f.

Brand beschädigt worden, die einem Dritten gehörten. Der Dritte wurde in den Schutzbereich des Mietvertrages einbezogen, da der Mieter eine Obhutspflicht für die Sachen des Dritten habe. Außerdem, so argumentierte der BGH weiter, müsse ein Vermieter eines Geschäftsraumes damit rechnen, daß die von dem Mieter eingebrachten Sachen einem Dritten gehören können. Sogar die verschuldensunabhängige Garantiehafung des Vermieters gemäß § 538 I, 1. Alt. BGB wurde weitgehend auf den fremden Eigentümer ausgedehnt. Obwohl also die von der Rechtsprechung sonst geforderte personenrechtliche Beziehung zwischen dem Mieter und dem Dritten hier fehlte ¹⁾, wurde dem Dritten aus dem Gesichtspunkt der hier vorliegenden Obhutspflicht ein eigener vertraglicher Anspruch zugesprochen ²⁾.

In einer anderen Entscheidung ³⁾ in der die Ersatzfähigkeit von Vermögensschäden grundsätzlich - wenn auch unter strengem Maßstab - anerkannt wurde, bejahte der BGH ein Fürsorgeverhältnis trotz fehlender Mitverantwortlichkeit des Gläubigers für den Dritten:

Ein Erblasser (E) wollte seine Tochter zur Alleinerbin durch notarielles Testament einsetzen. Der hinzugezogene Anwalt versprach das Testament vorzubereiten und mit einem Notar wiederzukommen, versäumte dies jedoch trotz verschiedener Mahnungen, so daß die Tochter die Erbschaft teilen mußte. Der Tochter wurde ein unmittelbarer Schadensersatzanspruch aus Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte zugebilligt.

Nicht eine drohende Unterhalts- oder Ersatzpflicht begründete hier das Interesse des Vaters am Schutz seiner Tochter. Diese Pflicht

-
- 1) Auch bei der schon auf S. 45 näher dargestellten Entscheidung des BGH, Urt. v. 19.9.1973, BGHZ 61, 227 ff. (233) wurde ein besonderes personenrechtliches Fürsorgeverhältnis nicht in den Vordergrund gestellt.
 - 2) Gegen diese Lösung über den Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte und für eine Drittschadensliquidation allerdings Söllner, JuS 1970, 159 ff. (160); Berg, NJW 1968, 1325 f.; ders., NJW 1969, 1172 f.; Weyer, BB 1972, 339 ff.; Medicus, § 33 IV 7 (390); zweifelnd auch Erman-H.P. Westermann, § 328, Rdn. 12.
 - 3) BGH, Urt. v. 6.7.1965, MDR 1965, 900.

gegenüber der Tochter hätte auch nicht entstehen können bei schuldhafter Verletzung einer dem Erblasser gegenüber bestehenden Vertragspflicht durch den Anwalt. Vielmehr wurde ein personenrechtliches Schutz- und Fürsorgeverhältnis zum einen wegen der engen familiären Bindung zwischen Erblasser und Tochter angenommen und zum anderen, weil E außerdem die erbrechtliche Regelung erkennbar in Fürsorge für die Tochter treffen wollte ¹⁾.

Auffällig ist sicherlich der Ausnahmecharakter dieses Einzelfalles aber auch die Tatsache, daß für ein Fürsorgeverhältnis nicht zwingend eine Mitverantwortlichkeit des Gläubigers für den Dritten für erforderlich gehalten wird.

Inzwischen hatte sich der BGH erneut mit vertraglichen Ersatzansprüchen Dritter gegen einen Anwalt zu befassen. Unter Berufung auf eine vorliegende Schutz- und Fürsorgepflicht wurde entschieden, daß dritte Personen entsprechend dem Sinn und Zweck sowie dem Wesen des Anwaltsvertrages in Ausnahmefällen Schadensersatzforderungen gegen einen Rechtsanwalt durchsetzen können ²⁾.

Betrachtet man des weiteren die beiden Ausgangsfälle, so wurden im ersten Fall zwar die Ansprüche des Ehemannes, der seine Frau im Krankenhaus besuchte, u.a. wegen eines fehlenden Fürsorgeverhältnisses abgelehnt ³⁾. Der Anspruch scheiterte jedoch angeblich schon mangels "Leistungsnähe".

Im zweiten Ausgangsfall, bei dem auslaufendes Wasser Geschäftsräume eines Mitmieters beschädigte, ging der BGH davon aus, daß der Vermieter in der Regel nicht für das Wohl und Wehe der Mieter verantwortlich sei

1) Kritisch zur Rechtsprechung die Anm. v. Lorenz, JZ 1966, 143; Erman-H.P. Westermann, § 328, Rdn. 17; Medicus, § 33 IV 8 (390 f.); Böhmer, MDR 1966, 468 f. (468).

2) Vgl. BGH, Urt. v. 11.1.1977, NJW 1977, 2073 f. sowie die Besprechung von Emmerich in JuS 1978, 272 f.

3) So Johlen, 73.

und deshalb auch kein dem schädigenden Mieter erkennbares Interesse daran habe, die vertraglichen Schutzwirkungen auf die übrigen Mieter zu erstrecken¹⁾. Ein allgemeines Fürsorgeverhältnis zwischen Vermieter und Mieter mit der Folge, daß sämtliche Mieter in den Schutzbereich eines jeden weiteren Mietvertrages mit einem anderen Mieter einbezogen werden, lehnte man ab²⁾. Als wesentlich für die Beurteilung eines Fürsorgeverhältnisses wurde auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt. Angeblich hatte zu dieser Zeit der Vermieter gegenüber dem geschützten Mieter nicht auf Grund einer Fürsorgepflicht zu verhindern, daß wegen eines vom schädigenden Mieter verschuldeten Wasserrohrbruchs kein Wasser in die Geschäftsräume des Dritten dringt. Vielmehr muß im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ein Fürsorgeverhältnis zwischen Gläubiger und Drittem zur Vermeidung der Schäden bestehen, deren Ersatz der Dritte verlangt.

Die Uneinheitlichkeit und Unsicherheit der Rechtsprechung bei der Frage nach der Notwendigkeit, dem Anwendungsbereich und der Ausgestaltung des "personenrechtlichen Einschlags" bzw. "Wohl und Wehes", aber auch ihre teilweise Widersprüchlichkeit wird anhand einiger neuerer Entscheidungen offenbar.

1) BGH, Urt. v. 9.10.1968, NJW 1969, 41 f. (41).

2) BGH, Urt. v. 22.1.1968, NJW 1968, 1325 ff. erwähnt ausdrücklich, daß der Hauseigentümer für das Wohl und Wehe der Hausbewohner mitverantwortlich und ihnen zu Schutz und Fürsorge verpflichtet sei; Ähnlich BGH, Urt. v. 18.6.1968, NJW 1968, 1929 ff. (1931), dort wird das Mietverhältnis als Fürsorgeverhältnis angesehen; Weyer, BB 1972, 339 f. befürwortet zwar das Ergebnis, sofern es sich um gewerbliche Räume handelt. Bei der Wohnungsmiete soll dagegen eine für den Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte ausreichend enge Beziehung zwischen dem Vermieter und den übrigen Mietern gegeben sein.

Verlangte man bislang bekanntlich ein Verhältnis mit personenrechtlichem Einschlag zwischen Gläubiger und Drittem, oder stellte zumindest auf das Vorliegen einer Obhutspflicht ab, so wurde im Rahmen eines Mietverhältnisses als entscheidender Gesichtspunkt für die Einbeziehung dritter Personen weniger das Bestehen einer Obhuts- und Fürsorgepflicht angesehen. Maßgeblich war vielmehr der Umstand, daß der nach dem Mietvertrag bestimmungsgemäße Gebrauch (durch einen Dritten) "erkennbar für den Dritten ebenso wie für den Mieter die Gefahr mit sich bringt, wegen Beschädigung der Mietsache in Anspruch genommen zu werden." ¹⁾

Noch weiter ging man in einer Entscheidung, in der die Schadensersatzpflicht einer Bank gegenüber dem Gläubiger eines Kunden wegen verzögerter Rücksendung nicht eingelöster Lastschriften bejaht wurde ²⁾. Demzufolge muß die Einbeziehung Dritter nach dem Vertragszweck und wegen der erkennbaren Auswirkung der vertragsgemäßen Leistung auf sie nach Treu und Glauben geboten sein. Bei bestimmten Massengeschäften mit konkreten verfahrenstypischen Risiken für Dritte wird diese Voraussetzung als erfüllt angesehen. Als "unnötig eng" bezeichnete der BGH in diesem Zusammenhang das Merkmal des personenrechtlichen Einschlages, weil dessen Grundsätze mehr an Individualvereinbarungen entwickelt und ausgerichtet seien ³⁾.

1) BGH, Urt. v. 7.7.1976, NJW 1976, 1843 f. (B44); ähnlich schon BGH, Urt. v. 19.9.1973, NJW 1973, 2095 ff., vgl. auch oben S. 45.

2) Vgl. BGH, Urt. v. 28.2.1977, NJW 1977, 1916 f., dazu die Anmerkung von Holschbach, DB 1977, 1933 ff.

3) Vgl. BGH, Urt. v. 28.2.1977, NJW 1977, 1916 f. (1916); im Gegensatz dazu kommt nach der Entscheidung des 6. Zivilsenates, BGH, Urt. v. 12.7.1977, NJW 1977, 2208 ff. eine Ersatzberechtigung Dritter nur dann in Betracht, wenn der Gläubiger sozusagen für das "Wohl und Wehe" mitverantwortlich ist.

Ohne überhaupt auf ein Schutz- oder Fürsorgeverhältnis einzugehen prüfte der BGH erstmalig - und deshalb hier von besonderem Interesse - außer dem bestimmungsgemäßen Mietgebrauch des Dritten auch seine Schutzbedürftigkeit ¹⁾. Das Gericht hatte zu beurteilen, ob aus einem Mietvertrag Schutzwirkungen zugunsten des Untermieters resultierten. Der Anspruch wurde abgelehnt, da der Dritte gleichgerichtete eigene Ansprüche gegen den Vertragspartner hatte.

Insgesamt bleibt festzustellen, daß die Rechtsprechung allmählich von dem Erfordernis einer Schutz- oder Fürsorgepflicht zwischen Gläubiger und Drittem als zwingende Voraussetzung für die vertragliche Anspruchsberechtigung abrückt und insofern den Anwendungsbe- reich des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte erweitert. Das Vorliegen eines personenrechtlichen Ein- schlages wird allerdings auch in Zukunft als Indiz für die Einbeziehung vertragsfremder Personen zu wer- ten sein. Die Konturen der weiteren Entwicklung blei- ben insbesondere für die Drittbestimmung unscharf, wenn man die Vielzahl der (verschiedenen?) Merkmale wie "Vertragszweck", "Gefahr der Ersatzpflichtigkeit", "Treu und Glauben", "erkennbare Auswirkung der ver- tragsgemäßen Leistung", "Schutzbedürftigkeit" be- trachtet.

(3) Die "Leistungsnähe" des Dritten und ein Interesse des Gläubigers an seinem Schutz müssen schließlich für den Schuldner erkennbar sein. Die Erkennbarkeit der Haftungserweiterung bezieht sich dabei auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ²⁾. Die Gründe für die- ses bei der Konkretisierung des ersatzberechtigten Personenkreises für erforderlich gehaltene Kriterium sind unterschiedlich:

1) Vgl. BGH, Urt. v. 15.2.1978, NJW 1978, 883 f.

2) Vgl. Medicus, § 33 IV, 7 b cc (390).

Die sich hinsichtlich der Erstreckung vertraglicher Drittschutzwirkung auf die ergänzende Vertragsauslegung gemäß § 157 BGB stützende Rechtsprechung ¹⁾ kommt zwangsläufig zu diesem Erfordernis, da sie auf die Bedeutung der Sicht des Vertragspartners abstellt und nur die Umstände für den Erklärungsgegner für maßgeblich hält, die ihm erkennbar waren ²⁾.

Nennt die Rechtsprechung im Rahmen dieser Voraussetzung des weiteren die Vorhersehbarkeit des Schuldners zwecks Kalkulierbarkeit ³⁾, so entspricht diese Formulierung der Ansicht eines Teils des Schrifttums, das ebenfalls die Erkennbarkeit der Ausdehnung des ersatzberechtigten Personenkreises fordert, obwohl vertragliche Schutzwirkungen für Dritte in anderer Weise begründet werden. Nach dieser Ansicht nämlich erfolgt durch den Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte eine Risikoerhöhung des Schuldners. Er muß deshalb bei Vertragsabschluß erkennen und kalkulieren können, welches Risiko er eingeht ⁴⁾.

Genauere Kriterien dafür, wann für den Schuldner das Interesse des Gläubigers am Schutz des Dritten sowie die "Leistungsnahe" erkennbar sind, werden allerdings

-
- 1) Bemerkenswert jedoch die Tendenz des BGH, die Begründung über § 242 BGB zumindest anzusprechen und insoweit zu berücksichtigen, vgl. BGH, Urt. v. 15.6. 1971, BGHZ 56, 269 ff. (273); BGH, Urt. v. 13.2. 1975, NJW 1975, 867 ff. (868 f.); BGH, Urt. v. 11.1.1977, NJW 1977, 2073 f. (2074).
 - 2) Wie die Rechtsprechung auch Söllner, JuS 1970, 159 ff. (162 f.).
 - 3) BGH, Urt. v. 26.11.1968, BGHZ 51, 91 ff. (95).
 - 4) So Medicus, § 33 IV 7 b cc (390); ders., JuS 1974, 613 ff. (618); H.P. Westermann, Schwerpunkte SchR AT, § 17 II (136); Larenz, SchR I, § 17 II (186); Fikentscher, § 37 IV 3 (155).

kaum gegeben. Als zusätzlicher Gesichtspunkt wird daneben oder stattdessen hervorgehoben, daß die Einbeziehung des jeweiligen Dritten dem Schuldner zumutbar oder zumindest z.Zt. des Vertragsschlusses vorhersehbar und damit kalkulierbar sein muß ¹⁾.

Auffällig bleibt letztlich, daß die "Erkennbarkeit" zwar als Voraussetzung von denjenigen verlangt wird die für die Drittbestimmung vom objektiven Sinngehalt des primären Leistungsverhältnisses ausgehen. Eine vertragliche Anspruchsberechtigung des Dritten scheitert jedoch nur in Ausnahmefällen daran, daß keine "Erkennbarkeit" vorliegt.

bb) Schutzinteresse des Dritten

Im Vordergrund des zweiten Lösungsansatzes steht primär das Schutzinteresse des Dritten ²⁾. Seine geschützte Position ergibt sich danach nicht aus der nahen Beziehung zu Gläubiger oder Schuldner, sondern zu dem Schuldverhältnis. Die tatsächlichen Beziehungen des Dritten zu den Gefahrenquellen des Leistungsverhältnisses sind vor allem von Gernhuber ³⁾ herausgestellt worden. Seiner Meinung nach ist es verfehlt für die Drittbestimmung beim Vertragsschluß einzusetzen und ein besonderes Interesse des Gläubigers oder Schuldners am Schutz des Dritten bzw. ein Schutz- und Fürsorgeverhältnis zu verlangen. Entscheidend sollen die "Fäden" sein, die den Dritten mit dem Schuldverhältnis - das ein vertragliches oder gesetzliches sein kann - verknüpfen und nicht die "Linien", die ihn mit dem Gläubiger oder dem Schuldner verbinden.

1) So die in Fn. 4, S.57 genannten Autoren. Diese Anforderungen sind allerdings wenig konkret. Vom BGH, Urt. v. 9.10.1968, NJW 1969, 41 f. (41) wurde sogar gefordert, daß der vertragliche Schutz des Dritten vom Schuldner "gebilligt" werden muß.

2) Vgl. obens. 42.

3) Vgl. Gernhuber, Festschrift für Nikisch, 249 ff. (269); ders., JZ 1962, 553 ff. (555).

Diese Ansicht führt immer dann zur Anspruchsberechtigung des Dritten, also zu einer beschränkten Teilnahme an fremden Schuldverhältnissen und gleichzeitig zur Begrenzung des ersatzberechtigten Personenkreises, "wenn die mit einer Leistung verbundenen Gefahren nach der Anlage des Schuldverhältnisses ihn mindestens ebenso stark wie den Gläubiger treffen und wenn ihn die mit einer ungenügenden Sicherung der Gläubigersphäre verbundenen Gefahren schuldnergleich treffen, weil er unter Billigung des Schuldverhältnisses die Leistung für den Schuldner erbringt" ¹⁾. Gernhuber erkennt aber, daß man dieser Aussage vielleicht die Zukunft zugesteht, die Gegenwart aber verweigert ²⁾.

Für die Drittbestimmung relevant soll danach die Intensität der Sozialwirkungen des Schuldverhältnisses im Erfüllungsstadium sein.

Auch nach Canaris ³⁾ kommt es für die Abgrenzung des Kreises der berechtigten Dritten darauf an, ob der Dritte im Hinblick auf das Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner in dieses Vertrauensverhältnis einbezogen ist. Gernhubers Formel wird von ihm als "richtiges Topos" angesehen, wenn ihr auch der Bezug auf das geltende Rechtssystem fehle.

Ähnlich versucht Thiele ⁴⁾ die Problematik der Drittbestimmung zu lösen, wenn er fordert, daß die

-
- 1) Gernhuber, JZ 1962, 553 ff. (555); ders. ähnlich in Festschrift für Nikisch, 249 ff. (270).
 - 2) Gegen die Anlage des Schuldverhältnisses als Ausgangspunkt wendet sich Bydlinski, JBl 1960, 359 ff. (366), da dieser Lösungsversuch zu unannehmbaren Ergebnissen für die Drittbestimmung führe. Dagegen wiederum eindrucksvoll Stuckart, 95 f. und Gernhuber, JZ 1962, 553 f. (555 f.).
 - 3) Canaris, JZ 1965, 475 ff. (478); ders., JZ 1968, 494 ff. (499).
 - 4) Thiele, JZ 1967, 649 ff. (654).

Schutzpositionen der Dritten in erster Linie "unter dem Gesichtspunkt ihrer eigenen tatsächlichen Einbeziehung in den Kontaktrahmen" zu sehen sei ¹⁾.

Ist bislang der Kreis der ersatzberechtigten Dritten auf die Personen begrenzt, die nach der Anlage des Schuldverhältnisses mindestens ebenso stark wie der Gläubiger oder Schuldner den mit einer Leistung verknüpften Gefahren ausgesetzt sind, so stellt Stuckart ²⁾ auf die Gefahren ab, die mit der Begründung und Durchführung des Schuldverhältnisses verbunden sind und erweitert somit den begünstigten Personenkreis. Grund für diese Ausdehnung ist die Erkenntnis, daß Fragen des Drittschutzes nicht an das Leistungsstadium gebunden sein müssen.

Trotz dieser Unterschiede lassen sich die genannten Meinungen zusammenfassen und der Ansicht gegenüberstellen, die vornehmlich auf die Interessenlage der Parteien des Schuldverhältnisses abstellt. Hier ist das Schutzinteresse des Dritten von Bedeutung durch Berücksichtigung seiner tatsächlichen Beziehungen zu den Gefahren, die mit der Begründung oder der Durchführung des Schuldverhältnisses, bzw. den Gefahren des Leistungsverhältnisses, verbunden sind. Das Merkmal der "Leistungsnahe" wird hervorgehoben und präzisiert, während auf die Erkennbarkeit des Interesses des Gläubigers am Schutz des Dritten für den Vertragsschuldner verzichtet wird ³⁾.

Zu untersuchen bleibt noch, ob sich im Rahmen der beiden Lösungsansätze unterschiedliche Ergebnisse ergeben. Da eine Vielzahl möglicher Fallkonstellationen

1) Hinzuweisen ist noch auf die Gedanken zum Verhältnis des Rechtsgedanken von § 991 II BGB zu den hier vertretenen Theorien bei Hagen, 225 ff.

2) Stuckart, 88 und 99.

3) Vgl. zur Kritik an dieser Auffassung Schütz, 157 f.; ansonsten noch Hagen, 122; Diers (siehe dort 100 ff.) ist dieser Meinungsgruppe entgegen Hagen, 22 nicht zuzurechnen.

zu Drittschutzfragen denkbar und deshalb eine erschöpfende Darstellung nicht möglich ist, soll nur auf bisher entschiedene und insoweit bekannte Fallgruppen exemplarisch eingegangen werden.

Beide Lösungsansätze weisen im wesentlichen übereinstimmende Ergebnisse auf, so insbesondere bei Drittschutzfragen im Rahmen eines ärztlichen Behandlungsvertrages oder eines Dienstvertrages. Gleiches gilt für die Saalmiete, wie grundsätzlich auch beim Werkvertrag und der Wohnungsmiete. Beim Mietvertrag über Wohnungen tauchen jedoch schon Meinungsverschiedenheiten insofern auf, als Stuckart ¹⁾ in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung nur vorübergehend in der Wohnung weilende Personen nicht in den Schutzbereich des Vertrages einbezieht, während andere ²⁾ den bei Werkleistungen bestimmten Hilfskräften gewährten Schutz ebenso im Rahmen eines Mietverhältnisses auf nicht zur Wohngemeinschaft gehörende Hilfskräfte ausdehnen möchten ³⁾.

Bei dem schon erwähnten Anwaltsfall ⁴⁾, bei dem die Tochter des Erblassers sich die durch Testament vorgesehene Alleinerbschaft wegen eines fehlerhaften Verhaltens des Anwalts teilen mußte und nach dem ersten Lösungsansatz einen vertraglichen Anspruch erhebt, müßten die Vertreter des zweiten Lösungsansatzes vertragliche Ansprüche der Tochter ablehnen. Diese war nämlich nach Anlage des zwischen dem Erblasser und

1) Stuckart, 101 f.; vgl. dort die genaue "Aufstellung" der geschützten Personen sowie Rechtsprechungshinweise.

2) Gernhuber, Festschrift für Nikisch, 249 ff. (271 f.); Zunft, AcP 153 (1954), 373 ff. (390); W.D. Lange, 126 f.

3) So vor allem bei der Aufwartefrau; hier möchte Stuckart, 108 die Grundsätze des Mietrechts umkehrt sogar für die Werkleistungen in fremden Wohnungen anwenden, so daß er die Entscheidung des RG, Urt. v. 10.2.1930, RGZ 127, 218 ff. (Gasuhrurteil) für falsch hält.

4) Vgl. oben S. 52 f.

dem Anwalt geschlossenen Vertrages auf Besorgung eines Notars zur Errichtung eines Testaments nicht nicht ebenso stark wie der Vater als Gläubiger von den Gefahren getroffen, die mit der Durchführung dieses Vertrages verbunden waren.

Unterschiede treten vor allem bei der Geschäftsraum-miete auf ¹⁾. Die Betriebsangehörigen und Angestellten des Mieters sind nach dem zweiten Lösungsansatz - i.G. zur älteren RG-Rechtsprechung ²⁾ - nach Anlage des Schuldverhältnisses mindestens ebenso den Gefahren bei der Durchführung des Geschäftsraummietvertrages ausgesetzt wie der Mieter selbst. Der BGH ³⁾ bezieht nunmehr die dauernd beim Gläubiger beschäftigten Personen, die den Mietgebrauch für diesen ausüben, in den Schutzbereich ein. Ob auch Ansprüche gewährt werden, wenn der Dritte den Mietgebrauch nicht ständig für den Mieter ausübt wird nicht gesagt, so daß die ältere Rechtsprechung noch nicht vollends aufgehoben erscheint ⁴⁾. Dies mag aber dahingestellt bleiben.

Im Gegensatz zu der schon angesprochenen Entscheidung des LG Mainz ⁵⁾ treffen nach dem zweiten Lösungsansatz die Gefahren, die durch das vom Ehemann gekaufte schadhafte Hinterrad eines Motorrades entstehen, die mitfahrende und geschädigte Ehefrau nicht minder als den Ehemann und Käufer.

Nach dem zweiten Lösungsansatz scheint der ersatzberechtigte Personenkreis somit weiter gefaßt zu sein.

1) Vgl. Gernhuber, Festschrift für Nikisch, 249 ff. (271); Stuckart, 103 m.w.N. in Fn. 3.

2) RG, Urt. v. 11.3.1935, JW 1935, 1768 mit Anm. Roquette; RG, Urt. v. 23.3.1926, SA 88 Nr. 164 (299 ff.).

3) BGH, Urt. v. 19.9.1973, BGHZ 61, 227 ff. (233).

4) Vgl. dazu Weimar, NJW 1959, 1860 f., der eine "Verbundenheit" mit dem Betrieb fordert.

5) LG Mainz, Urt. v. 2.6.1960, VersR 1962, 969 f., vgl. S. 46.

Unterschiedliche Ergebnisse treten in verschiedenen Fallgruppen auf ¹⁾ und sind letztlich auf die jeweiligen Lösungsansätze zurückzuführen.

Einzugehen ist noch auf die beiden Ausgangsfälle im Hinblick auf den zweiten Lösungsansatz. Der erste Fall (Krankenhausfall) wird von beiden Ansichten gleich beurteilt ²⁾ und dem Ehemann ein vertraglicher Anspruch verweigert. Dieses Ergebnis ist ebenso nach den Thesen des zweiten Lösungsvorschlages fragwürdig. Wenn die Gefahr eines Sturzes vor dem Krankenhausportal infolge von Glätte auch für die Patientin bestünde, wäre nämlich der Ehemann nach Anlage des Schuldverhältnisses ebenso wie der Gläubiger gefährdet und anspruchsberechtigt.

Im Unterschied zur Rechtsprechung haftet im zweiten Ausgangsfall nach dem zweiten Lösungsansatz die Firma S, aus deren Geschäftsräumen Wasser in die darunter liegenden Räume der Firma D drang, dieser nach Vertragsgrundsätzen. Als Mieter anderer Geschäftsräume im gleichen Hause ist die Firma D nach Anlage des Mietverhältnisses nicht weniger stark den Gefahren bei der Durchführung des Mietvertrages ausgesetzt als der Vermieter selbst. Die Firma D ist danach in den Schutzbereich des zwischen der Firma S und dem Vermieter geschlossenen Mietvertrages einbezogen.

1) Auch bei Beförderungsverträgen wird dies deutlich, vgl. dazu näher Stuckart, 105.

2) Für den zweiten Lösungsansatz vgl. bspw. Stuckart, 106 *bww.* 9 f.

Z u s a m m e n f a s s u n g

Die Einbeziehung typischer Deliktstatbestände in das Vertragsrecht zur Erlangung der Vorteile der Vertragshaftung, sowie ein Sozialisierungsprozeß im Vertragsrecht haben wesentlich zur Entwicklung und allgemeinen Anerkennung des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte geführt. Bestehende Unklarheiten und offene Fragen kommen deutlich in den zahlreichen neueren Entscheidungen des BGH und in Beiträgen der modernen Lehre zum Ausdruck. Für die schwierige Abgrenzung des geschützten Personenkreises haben sowohl die unterschiedlichen dogmatischen Begründungsversuche Bedeutung, als auch die Konkretisierung des zu ersetzenden Schadens sowie die Abgrenzung zu verwandten vertraglichen und deliktischen Ansprüchen Dritter. Entscheidende gedankliche Anhaltspunkte für die Bestimmung der Ersatzberechtigten beim Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte konnten der von Gesetzgeber, Rechtsprechung und Lehre vorgenommenen Drittbestimmung bei anderen Rechtsinstituten nicht entnommen werden.

Die Untersuchung der konkreten tatbestandsmäßigen Abgrenzung des geschützten Personenkreises ließ trotz zahlreicher Meinungsunterschiede innerhalb der jeweiligen Gruppen zwei verschiedene Lösungsansätze erkennen. Rechtsprechung und Teile des Schrifttums gehen für die Frage wer anspruchsberechtigter Dritter sein soll von der Interessenlage des primären Leistungsverhältnisses aus.

Bei der Anwendung der für die Konkretisierung ersatzberechtigter Dritter herkömmlichen Kriterien scheint die neuere Rechtsprechung des BGH von der Notwendigkeit eines personenrechtlichen Verhältnisses zwischen Gläubiger und Drittem ("personenrechtlicher Einschlag", "Wohl und Wehe") allmählich abzurücken und sich umfassenderen und flexibleren Lösungsmöglichkeiten zuzu-

wenden. Betrachtet man die stattdessen für relevant erachteten Merkmale, so wird an ihrer Verschiedenartigkeit offenkundig, daß sich die Rechtsprechung hier inmitten einer Tendenzwende befindet und die weitere Entwicklung noch nicht abzusehen, letztlich aber auf eine Ausdehnung des Anwendungsbereiches des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte gerichtet ist.

Eine andere Ansicht in der Lehre stellt die tatsächlichen Beziehungen des Dritten zu den mit der Begründung und Durchführung des Schuldverhältnisses (bzw. des Leistungsverhältnisses) verbundenen Gefahren - und damit das Schutzinteresse des Dritten in den Vordergrund.

Obwohl beide Lösungsansätze häufig zu übereinstimmenden Ergebnissen führen, ist eine andersartige Drittbestimmung in Einzelfällen nicht zu verkennen.

Fragestellung und Gang der Untersuchung

Angesichts der unterschiedlichen Lösungsansätze sowie der uneinheitlichen Rechtsprechung bei der Konkretisierung des ersatzberechtigten Personenkreises und bei der Anwendung der verschiedenen Kriterien liegt die Frage nahe, ob die bislang für die Einbeziehung Dritter maßgeblichen Merkmale nicht so gefaßt werden können, daß eine umfassendere Würdigung der Umstände des Einzelfalles möglich ist. Fraglich erscheint insbesondere, ob in diesem Zusammenhang nicht das Integritätsinteresse des Dritten im Vordergrund stehen und auf seine gesteigerte Schutzwürdigkeit hin untersucht werden sollte.

Bei der Beantwortung sämtlicher Fragen könnten die amerikanischen Erfahrungen gedankliche Anhaltspunkte liefern. Es gilt im folgenden zu untersuchen, in welchen Haftungsbereichen, in welchem Umfang und unter welchen Besonderheiten im amerikanischen Recht Drittbestimmungsprobleme überhaupt auftreten. In Betracht kommt die vertragliche wie die deliktische Haftung. Zu berücksichtigen sein wird in diesem Grenzbereich zwar eine im Verhältnis zum deutschen Recht andere Ausgangslage auf Grund sachbedingter Unterschiedlichkeiten und fehlender gesetzlicher Wertungen, die gerade die Entwicklung des deutschen Rechts mitgeprägt bzw. mitgetragen haben. Doch auch im amerikanischen Recht - so viel sei vorweggenommen - bemüht man sich den Unzulänglichkeiten und Schwächen von Vertrags- und Deliktshaftung durch eine Ausdehnung des jeweils anderen Haftungsbereichs zu begegnen.

Die bisherigen Lösungsversuche wie auch erkennbare Wandlungen und neue Tendenzen sollen zunächst allgemein - soweit dies möglich ist - innerhalb des jeweiligen Haftungssystems herausgearbeitet werden. Eine genaue Untersuchung ausgewählter und für die Drittbestimmungsproblematik typischer Fallgruppen soll die gewonnenen Ergebnisse bestätigen und durch weitere Gesichtspunkte ergänzen.

C Amerikanisches Recht

I. Einleitung

Die gesellschaftliche, wirtschaftliche und rechtspolitische Entwicklung der vergangenen Jahre hat nicht nur im deutschen Recht zu Wandlungen des Vertrags- und Deliktsrechts geführt, sondern vor allem auch im amerikanischen "contract law" und im "law of torts" ¹⁾. Schon an dieser Stelle gilt es einerseits auf den Sozialisierungsprozeß im Vertragsrecht hinzuweisen, mit Auswirkungen u.a. in der Unmöglichkeitstheorie, den Irrtumsfragen, der Vertragsauslegung und schließlich vor allem bei der Einbeziehung dritter Personen in den Vertragsrahmen ²⁾; andererseits auf die wachsende Bedeutung und Anwendungsbreite der "negligence"-Haftung im sonst so zersplitterten "law of torts", sowie die Ausdehnung der "strict liability in tort" auch über den Rahmen der Produzentenhaftung hinaus auf andere Bereiche ³⁾.

Bei derart erheblichen, strukturellen Änderungen des modernen vertraglichen wie deliktischen Haftungsrechts erscheint es fraglich, ob Gerichtsentscheidungen zu Fallgestaltungen, die dem Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte vergleichbar sind ⁴⁾, eher im Bereich

- 1) In der "legal education" der USA wurde der soziale und der wirtschaftliche Hintergrund gesetzlicher Regeln sowie gerichtlicher Entscheidungen erst in jüngster Zeit verstärkt berücksichtigt; vgl. dazu Ault & Glendon, in: Law in the USA in social and technological revolution, 67 ff. (68 f.).
- 2) Ausführlich und treffend Kessler, Festschrift für E. Wahl, 81 ff. (82 f.).
- 3) Beispielsweise auf Miet- oder Werkverträge.
- 4) Es muß sich demnach um Fälle handeln, bei denen bestimmte Dritte ohne Partei des zwischen einem Gläubiger und einem Schuldner bestehenden Vertrages zu sein, derart in diesen gewissermaßen "einbezogen" sind, daß ihnen eigene Schadensersatzansprüche - und nicht Leistungsansprüche - auf Grund einer Sorgfaltpflichtverletzung des Schädigers zukommen können.

des "law of torts" oder des "contract law" zu suchen sind.

Diese Konstellationen müßten schon wegen der dominierenden Position deliktischer Haftungsgrundlagen und der - schon angesprochenen - im Verhältnis zum deutschen Recht anderen Ausgangslage eigentlich im Deliktsrecht zu finden sein. Dazu kommt, daß dem amerikanischen Recht eine unterschiedliche Gehilfenhaftung, etwa vergleichbar den §§ 278, 831 BGB, fremd ist. In Betracht könnte angesichts der verschiedenen Wandlungsprozesse des amerikanischen Rechts und der mit unserem Vertragsrecht nicht deckungsgleichen Materie jedoch auch das "contract law" kommen.

Gilt es zunächst herauszustellen, an welcher Stelle des amerikanischen Rechtssystems vergleichbare Drittbestimmungsfragen auftreten, so kann dies nur eine notwendige, logisch vorrangig zu prüfende Voraussetzung für den eigentlichen und wesentlichen Untersuchungspunkt sein, wie nämlich der ersatzberechtigte Personenkreis bestimmt wird, ob anhand genauer Kriterien, Billigkeitserwägungen, allgemeiner Richtlinien oder jeweils unterschiedlich innerhalb der einzelnen Fallgruppen.

Schon die grundsätzlich andersartige Struktur des "common law" macht einen Vergleich reizvoll ¹⁾. Insbesondere lädt das "geschmeidigere case law" ²⁾ des anglo-amerikanischen Rechtskreises zu einer Auswertung auf Grund seiner Vielseitigkeit ein. Diese resultiert daraus, daß sich bei den einzelnen Entscheidungen dogmatische Schranken nur selten hemmend auswirken und somit den variierenden wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen eher Rechnung getragen werden kann ³⁾. Diese Auswertung kann möglicherweise verschiedenartige Anhaltspunkte zu dem hier interessierenden Problemkreis geben.

1) Vgl. Preuss, Vertragsbruch als Delikt, 13.

2) So Schlechtriem, 162.

3) Vgl. Schlechtriem, ebenda.

In seiner Bedeutung ständig wachsend ist das Schrifttum ¹⁾ ebenso zu berücksichtigen wie das "Statute Law", soweit dort Aussagen zur Drittbestimmung gemacht werden.

- 1) Vergleichbare Sachverhalte in verschiedenen Haftungsbereichen
- Drittbestimmung als allgemeines Problem -

Drittbestimmungsfragen treten an verschiedenen Stellen der amerikanischen Rechtsordnung auf ²⁾ und können insoweit als allgemeines Problem angesehen werden. Da sich jedoch zu dessen Lösung einheitliche Kriterien oder Regelungen nicht anbieten, kann ein gesondertes Eingehen vorab auf diese in anderen Rechtsgebieten existierenden Schwierigkeiten unterbleiben, zumal durch die gestellte Aufgabe ohnehin ein weites Spektrum der Fälle erfaßt wird, in denen die Konkretisierung anspruchsberechtigter Personen von Bedeutung ist.

Schon zuvor wurde auf die Möglichkeit hingewiesen, daß Sachverhalte, die mit denen des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte vergleichbar sind, in verschiedenen Haftungsbereichen vorkommen können. Tatsächlich sind Entscheidungen zu finden, die Dritten Schadensersatzansprüche aus Vertrag zubilligen wie z.B. in

Visintine & Co. v. New York, Chicago and St. Louis R.R. ³⁾ Dort sollte laut Verfügung des "director of Highways" des Staates Ohio ein höhengleicher Bahnübergang, der von den Schienen zweier Bahn-

-
- 1) Im Schrifttum überwiegen allerdings (noch) Zusammenfassungen bzw. -stellungen sowie Besprechungen der einzelnen Entscheidungen. Vgl. insgesamt dazu Johnson, in M. Rotondi: *Inchieste di diritto comparato* - 6, 295 ff.
 - 2) Vgl. als nur ein Beispiel die Frage nach dem wegen "wrongful death" ersatzberechtigten Personenkreis; dazu ausführlich Wichelhaus, 51 ff.
 - 3) Visintine & Co. v. New York, Chicago and St. Louis R.R., 161 Ohio St. 505, 160 N.E. 2d 311 (1959).

gesellschaften und einer Bundesstraße gebildet wurde, beseitigt werden. Aus diesem Grunde schloß der Bundesstaat einen Vertrag mit den Gesellschaften zur Ausführung eines Teils der Arbeiten. Entsprechend einem weiteren, getrennten Vertrag waren der Visintine Company die restlichen Arbeiten an dem Projekt übertragen. Genauen Plänen war zu entnehmen, daß die jeweiligen Arbeiten nicht in Einzelausführung erbracht werden konnten und daß diejenigen der Eisenbahngesellschaften denen der Visintine Company zeitlich notwendigerweise vorrangig waren. Die Eisenbahngesellschaften waren ihren Verpflichtungen teilweise nicht nachgekommen, so daß der Visintine Co. ein Schaden entstand, den sie einklagte. Der Supreme Court gewährte einen Ersatzanspruch nach Vertragsgrundsätzen.

In Woodfork v. Sanders ¹⁾ verlangte ein ausersehener Erbe Schadensersatz von dem Anwalt, der im Rahmen eines Vertrages mit dem Erblasser zwecks Errichtung eines Testamentes dieses formell unrichtig erstellt hatte. Der Anwalt hatte nämlich die letztwillige Verfügung von dem Erben als einem der Testamentszeugen unterschreiben lassen. Nach Art. 1592 des Civil Code von Louisiana war dies nicht zulässig. ²⁾ Dem Erben wurde ein Ersatzanspruch nach Vertragsgrundsätzen gegen den Anwalt zugewilligt.

Wie die Beispiele zeigen, kann sich die Schadensersatzberechtigung Dritter nach Prinzipien des Vertragsrecht richten. Festzustellen ist aber gleichzeitig, daß die hier interessierenden Fälle nur vereinzelt im "contract law" auftreten. Es besteht deshalb zunächst die Aufgabe, diese auszusondern von den sonstigen Entscheidungen einer vertraglichen Anspruchsberechtigung dritter Personen, um dann auf die Konkretisierung der anspruchsberechtigten Personen eingehen zu können.

1) Woodfork v. Sanders, 248 So. 2d 419 (La.App.1971), writ. den. 259 La. 759, 252 So. 2d 455 (1971); dazu Annot., 45 A.L.R. 3d 1181 §§ (1972).

2) Civil Code, Book III, Title II, Chap. 6, sec. 2 - Art. 1592, "Neither can testaments be witnessed by those who are constituted heirs, or named legatees, under whatsoever title it may be."

Schon in der Einleitung ¹⁾ wurde angedeutet, daß Fallkonstellationen, die zu Schadensersatzansprüchen Dritter führen, eigentlich dem deliktischen Haftungsbereich, - also dem "law of torts" - zuzuordnen bzw. dort zu erwarten sind. Unter Berücksichtigung vertraglich entstandener Schutz- und Sorgfaltspflichten ist das "negligence"-Recht maßgeblich, das ständig an Bedeutung gewinnt und sich im Rahmen der "action for negligence" zu einer Art deliktischer Generalklausele des anglo-amerikanischen Rechts entwickelt hat ²⁾. So sind in diesem Zusammenhang viele Fälle zu finden, in denen Dritte deliktische Ersatzansprüche geltend machen wegen Verletzung von Pflichten, die aus Vertrag resultieren können. Als Beispiele seien nur genannt:

Brubaker v. Glenrock Lodge Int'l. Order of Odd Fellows ³⁾, hier hatte ein Vermieter eine Firma zur Ausbesserung einer schadhaften Treppe in seinem Wohnhaus beauftragt. Die Arbeiten wurden ausgeführt. Eine Mieterin wurde schwer verletzt, als die Treppe unter ihr zusammenstürzte. Zu der hier bedeutsamen Frage wurde folgende Aussage gemacht: Die Vertragspflicht sollte vorwiegend bestimmt werden "by the character of the work". Von einer defekten und fahrlässig unsorgfältig verankerten Treppe muß vermutet werden, daß Menschen durch sie gefährdet werden. Der Vertrag zwischen dem "landlord" und der Reparaturfirma verpflichtete letztere also zu einer sorgfältigen Ausbesserung und Verankerung der Treppe, so daß ein Anspruch der Mieterin gegen die Firma gegeben war.

Der folgende Fall ist schon deshalb interessant, weil es sich dabei erneut um die Haftung von Anwälten gegenüber Dritten handelt - wie schon zuvor bei dem Beispiel zur vertraglichen Haftung ⁴⁾.

1) Vgl. oben S. 68.

2) Vgl. dazu schon die Anmerkung von Lorenz, JZ 1966, 143 ff. (144); Preuss, Vertragsbruch als Delikt, 27 spricht sogar von einem "Supertatbestand".

3) Brubaker v. Glenrock Lodge Int'l. Order of Odd Fellows, 526 P. 2d 52 (Wyo. 1974).

4) Vgl. S. 70.

In *Mickel v. Murphy* ¹⁾ soll ein "unauthorized practitioner of law" ²⁾ einem durch Testament begünstigten Dritten nicht dafür haften, daß das Testament wegen mangelhafter Beurkundung für null und nichtig erklärt wurde. Der "Praktiker" wurde beschuldigt, daß er fahrlässigerweise seinen Klienten falsch beraten habe, und zwar insofern als nicht zwei, sondern nur ein Testamentszeuge für die Unterschrift auf dem Testament erforderlich sei. Besondere Hinweise für eine spezielle Sorgfaltspflicht dem Erben (Dritten) gegenüber seien nicht erkennbar.

Immerhin bleibt als Besonderheit festzuhalten, daß die für diese Arbeit interessanten Sachverhalte in verschiedenen Gebieten zu finden und demzufolge auch jeweils getrennt zu untersuchen sind. Zuvor ist wegen der gegenwärtigen Wandlungsprozesse und der in diesem Rahmen teilweise heftig geführten Diskussionen ein Eingehen auf allgemeine Fragen des "contract law" ebenso erforderlich, wie ein kurzer Überblick über die Bedeutung und Entwicklung der "negligence" und eine Behandlung des Verhältnisses von Vertrags- und "negligence"- bzw. Deliktshaftung.

2) Wandlungen und Veränderungen in den verschiedenen Haftungsbereichen

a) "Death of Contract"

Den im "contract law" vorkommenden Drittbestimmungsproblemen kann man sich erst dann widmen, wenn einige denknotwendig voranzustellende, grundsätzliche Gedanken zu Vertrag und Vertragsrecht vorausgeschickt werden. Bei dem vielfach als klassisch oder liberal be-

1) *Mickel v. Murphy*, 147 Cal. App. 2d 718, 305 P. 2d 993 (1957).

2) Ein nicht berechtigter bzw. ermächtigter Anwalt oder besser "Praktiker".

zeichneten ¹⁾ Vertragsrecht handelt es sich nicht um ein fest umrissenes und systematisches Gebiet ²⁾. Insofern fordert es die ständigen Versuche einer Modernisierung oder Aktualisierung, das Hervorheben von Sozialpflichten sowie Reformierungsbemühungen förmlich heraus. Dennoch sind bestimmte Regelungen und Theorien als Basis unverkennbar, wie z.B. das Prinzip der Vertragsfreiheit oder die "consideration" - bzw. "bargain" - Lehre. Danach ist ein formlos abgeschlossener Vertrag nur einklagbar, wenn sich der Kläger zu einer Gegenleistung oder zu einem Entgelt ("consideration") - gleichgültig ob angemessen oder nicht - verpflichtet hat ³⁾. Es muß also ein Austausch wechselseitiger Versprechen ("bargaining") erfolgen, um zu einer Bindungswirkung zu gelangen ⁴⁾. Die "doctrine of consideration" hat allerdings in der modernen Rechtspraxis erhebliche Einschränkungen erfahren.

Inzwischen haben "standard mass contracts", soziale Veränderungen, Spezialverträge etc. dazu geführt, daß Bestrebungen zu einer grundsätzlichen Revidierung und sogar Eliminierung des "contract" bzw. "contract law" nicht mehr zu übersehen sind. Diese Fragen sind wohl derzeit eher akademischer Natur, können aber in Zukunft bei weiterhin zunehmender Bedeutung die Rechtsprechung beeinflussen. Zwar ähnlich in der Tendenz unterscheiden sich jedoch die einzelnen Vertreter dieser sich wiederum in zwei Gruppen aufteilenden Reformbewegung erheblich in Ansatzpunkt und Folgerungen.

1) Vgl. u.a. Kessler, 22 UCLA L. Rev. 1066 ff. (1975).

2) Man betrachte nur die Entwicklung des Vertragsrechtes, vgl. Preuss, Vertragsbruch als Delikt, 21 ff.; vgl. umfassend dazu die Monographie von Rheinstein, Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht.

3) Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung Rheinstein, Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses, 55 ff.; Preuss, Vertragsbruch als Delikt, 67 ff. m.w.N.; zur "consideration"-Doktrin insbesondere Becker, 9 ff.

4) Vgl. Preuss, Vertragsbruch als Delikt, 120.

aa) Die Ansichten von Friedman und Macaulay

Die im folgenden zu erörternden Ansichten von Friedman ¹⁾ und Macaulay ²⁾ sind als eine "Schule" anerkannt und sollen deshalb in einem Zusammenhang dargestellt und zu beiden gemeinsam Stellung genommen werden, obwohl eine weitere Unterteilung möglich wäre.

Beide Autoren werden den "Behavioral Realists" zugeordnet ³⁾, denjenigen also, die neben dem umfangreichen Gebiet des "case law" bestimmte Verhaltensweisen von Personen, Institutionen etc. für ihre Rechtsauffassung berücksichtigen ⁴⁾. Sie kommen zu der These, daß der Vertrag bzw. das allgemeine Vertragsrecht "tot" seien, indem sie die Geschäftsbeziehungen in der Wirtschaft und damit den Handel in den Vordergrund stellen und untersuchen. Nach ihrer Überzeugung beachten die meisten Kaufleute die inzwischen gefestigten Regeln des "contract law" ohnehin nicht mehr. Stattdessen seien sie es gewohnt, Geschäfte abzuschließen, die entweder formellen Voraussetzungen nicht genügen, oder aber solche, die durch dem Gesetz widersprechende allgemeine Geschäftsbedingungen geregelt sind.

Als gemeinsamer Ausgangspunkt wird formuliert, "Most businessmen in most industries plan transactions and settle disputes in ways that make these classical functions of contract law irrelevant" ⁵⁾, oder treffend von Speidel negativ ausgedrückt, "They (Friedman und Macaulay, Anm. des Verf.) reject an approach that

1) Friedman, Contract Law, 1 ff.; vgl. auch Friedmann, Law in a Changing Society, 90-102.

2) Macaulay, 28 Am. Soc. Rev. 55 ff. (1963); ders., 9 Practical Lawyer, 13-26 (1963).

3) Vgl. Gordon, 1974 Wis. L. Rev. 1216, 1222 (1974).

4) Zum Verhältnis von Verhaltenswissenschaften und Recht vgl. dazu grds. die Monographie von Friedman-Macaulay, Law and Behavioral Sciences.

5) Friedman-Macaulay, 1967 Wis. L. Rev. 805, 813 f.

purports to identify 'real' problems from appellate decisions, that depends totally upon intuition and common sense in the formulation of policy and discovery of business practices, and that ignores the impact upon contract behaviour of nonlegal pressures and legal institutions other than courts." ¹⁾

Entgegen der Behauptung Gilmore's ²⁾ werden die Ansichten von Friedman und Macaulay nicht mit der absoluten Ablehnung irgendeiner der bedeutenden alten Vertragstheorien begründet. Vielmehr wird Bezug genommen auf die Rechtsgeschichte, insbesondere auf die "Vertrags"-Entscheidungen der Gerichte zu Handels- und Wirtschaftsstreitigkeiten sowie deren ehemals stark rechtsbeeinflussende bzw. rechtssetzende, inzwischen angeblich nur noch kümmerliche Bedeutung.

Trotz dieser Gemeinsamkeiten treten bei den einzelnen Begründungsversuchen und vor allem bei den gezogenen Folgerungen Unterschiede auf.

Macaulay - um mit demjenigen zu beginnen, der als "Lord High Executioner of the Contract is Dead School" bezeichnet wird - ³⁾ setzt mehr das Geschäftsleben in den Vordergrund seiner Überlegungen. Die meisten Handelsbeziehungen seien "highly institutionalized" und vor allem bei gegenseitiger produktiver Zusammenarbeit von längerer Dauer mit der Folge, daß Streitigkeiten fast immer "friedlich" ausgeräumt und Vertragsklagen vermieden würden, nicht zuletzt aus Furcht vor "bad publicity" oder "adverse credit". Selbst bei dem drohenden Zusammenbruch einer Geschäftsbeziehung sei es für die Beteiligten finanziell meist günstiger diese für die Zukunft vollkommen aufzugeben, als gerichtliche Schritte einzuleiten. Für das Ge-

1) Speidel, 1967 Wis.L.Rev. 821, 825.

2) Vgl. Gilmore, 105, Note 1.

3) So Gilmore, 105 Note 1.

schäftsleben seien der Vertrag wie das allgemeine Vertragsrecht sowohl für "Transaktionen" als auch für die Schlichtung von Streitigkeiten irrelevant und überflüssig ¹⁾.

Zwar erwähnt auch Friedman ²⁾ Langzeit-Beziehungen im Geschäftsleben sowie die Abneigung der Beteiligten zu gerichtlicher Verfolgung vertraglicher Ansprüche. Er versucht die Irrelevanz von abstrakten und formellen Vertragsregeln anhand der Entwicklung von Groß- und multinationalen Unternehmen bzw. deren Einwirkung auf das Vertragsrecht deutlich zu machen. Die "companies" würden nach Möglichkeit die Anwendung von "contract law" vermeiden und auch nicht auf Grund wirtschaftlicher Interessen eine Reform der abstrakten Regeln erstreben. ³⁾.

Ansatz- und Schwerpunkt seiner Untersuchungen ist jedoch die "thesis of judicial decline" ⁴⁾, oder genauer die historische Betrachtung der gegenseitigen Beeinflussung von "legal institutions" und Vertragsverhalten ⁵⁾.

Ursprünglich wurden die Richtlinien für den Markt primär von den Gerichten als "agencies" der Regierungen bestimmt. Durch eine ständig wachsende, sich regelnd und administrativ auswirkende Gesetzgebung soll der Rechtsprechung diese Verantwortung wie auch die Gelegenheit genommen worden sein, mit der Konsequenz, daß trotz zunehmender wirtschaftlicher Aktivitäten die Anzahl von Vertragsklagen stark zurückgegangen

1) Vgl. Macaulay, 28 Am.Soc.Rev. 55 ff. (1963); ders., 9 Practical Lawyer 13 ff. (1963); ders., 19 Vand.L.Rev. 1051 ff. (1966); zu diesen Thesen vgl. auch Speidel, 1967 Wis.L.Rev. 821 ff.; Kessler, Festschrift für E. Wahl, 81 ff. (81).

2) Friedman, Contract Law, hier insbesondere 184 ff.; ders., in Friedman-Macaulay, 1967 Wis.L.Rev. 805 ff.; Friedmann, Law in a Changing Society, 90, 156 f.

3) Sie seien "in short, indifferent to the formal law of contract", so Friedman, Impact of Large Scale Business Enterprise Upon Contract, 5 f.

4) Vgl. Speidel, 1967 Wis.L.Rev. 821, 825.

5) Die Studie bezieht sich auf die Rechtsprechung von Wisconsin.

sei. Stattdessen hätten die Geschäftsleute Entscheidungen über ihre Streitigkeiten bei Handelsschiedsgerichten angestrebt. Die "ordentlichen" Richter könnten nach Meinung Friedman's ohnehin keinen ausreichenden Einblick mehr in den immer komplizierter und spezialisierter werdenden Geschäftsverkehr nehmen und seien deshalb überfordert. Die Verzögerung durch die Gerichte und die hohen Kosten seien ebenfalls nicht als Grund dafür zu unterschätzen, daß es zu einem "judicial decline" oder "decline of the courts" kommen konnte, den man einem "death of contract" gleichsetzen könne. Die einzelnen Verträge mit ihren speziellen Sonderregelungen hätten dazu geführt, daß das allgemeine Vertragsrecht verdrängt und insoweit bedeutungslos sei ¹⁾.

Den Ansichten von Friedman und Macaulay, die trotz der teilweise entgegengesetzten Ansatzpunkte zu gleichen Schlußfolgerungen kommen, kann besonders hinsichtlich der Hauptaussage - "death of contract" - nicht gefolgt werden. Ihren Argumentationen kommt allerdings erhebliche Bedeutung insofern zu, als sie wesentlicher Ansatzpunkt und Grundlage zu einer Diskussion sind, die eine Suche nach neuen Kriterien und Kategorien im Vertragsrecht zum Inhalt hat. In diesem Zusammenhang erstrebt man gleichermaßen eine Anpassung an Anforderungen des modernen Handelsverkehrs und insoweit eine Aktualisierung.

Unbestritten soll auch bleiben, daß derzeit - gerade bei Handelssachen - sehr hohe Gerichtskosten anfallen und die vielfach lange Prozeßdauer unzumutbar ist. Diese Tatsachen mögen zwar als Grund für einen "decline of the courts" genannt werden und stellen sicherlich eine entscheidende Ursache für die Inanspruchnahme von Schiedsgerichten dar ²⁾. Es erscheint

1) Vgl. Kessler, Festschrift für E. Wahl, 81 ff. (82).

2) Allein der zahlenmäßige Rückgang von Vertragsklagen sollte nicht zu dem Schluß verleiten, daß nunmehr fast ausschließlich Verfahren vor Schiedsgerichten stattfinden. Die riesige Anzahl entschiedener Vertragsklagen pro Jahr spricht dagegen.

aber fraglich, ob aus administrativen und organisatorischen Schwierigkeiten ein "Ableben" des Vertrages oder des Vertragsrechts geschlossen werden kann. Immerhin richten sich - und das bleibt bei Friedman wie Macaulay unerwähnt - Streitigkeiten vor Schiedsgerichten im wesentlichen nach materiellem Recht, also nach Vertragsgrundsätzen.

Unterschätzt wird weiterhin die trotz aller Einzelverträge mit ihren Sonderregelungen noch vorhandene Bedeutung des "contract law" für das Geschäftsleben. Zum einen wird selten berücksichtigt, wie die Abreden der jeweiligen Beteiligten abgefaßt werden ¹⁾. Neben geschäftstypischen Passagen wird nämlich auf allgemeine Prinzipien des "contract law" zurückgegriffen, sei es durch ausdrückliche Übernahme in den Text der Absprache oder durch Verweisung, oder hinsichtlich einer Auslegung und Ergänzung des Inhalts. Zum anderen kann man nicht aus der Tatsache, daß - gleichgültig aus welchen Gründen - Vertragsklagen häufig vermieden werden, einen völligen Verzicht auf gerichtliche Schritte herleiten. Vielmehr werden sich Geschäftsleute die Möglichkeit einer Klage wegen Nichteinhaltung vertraglicher Verpflichtungen als "ultima ratio" vorbehalten wollen ²⁾. Erst bei genauer Betrachtung des Hintergrundes geschäftlicher Handlungen und Abreden wird die wirkliche Tragweite des allgemeinen Vertragsrechts deutlich. Es kann deshalb weder der These zugestimmt werden, daß sich generelle Regeln auf Grund der Fülle von Spezialverträgen überlebt hätten, noch der von Friedman vorgenommenen Gleichsetzung bzw. unmittelbaren Abhängigkeit von "decline" mit den Problemen und der teilweise

1) Kessler, Festschrift für E. Wahl, 81 ff. (82) spricht von "Nichtverträgen".

2) Vgl. Kessler, aaO; Gordon, 1974 Wis.L.Rev. 1216, 1226 ff.

tatsächlich vorhandenen Unfähigkeit der Gerichte bei der Aufstellung und Formulierung maßgeblicher Richtlinien für Markt und Handel ¹⁾.

Kritik sollte sich nicht gegen Generalisieren grundsätzlich richten, sondern nur gegen schlechtes Generalisieren ²⁾.

bb) Die Ansicht von Gilmore

Zu der Ansicht von Gilmore ³⁾ ist gesondert Stellung zu nehmen, nicht nur, weil er auf einem anderen Wege zu der These "death of contract" gelangt, sondern auch wegen der aktuellen Diskussion, die über diese Auffassung geführt wird ⁴⁾. Im Mittelpunkt seiner Untersuchungen steht ein umfassender historischer Überblick über das "contract law" einschließlich der dazu entwickelten Theorien. Betrachtet wird die Zeit nach 1870 als das industrielle und wirtschaftliche Wachstum zu neuen Vertragskategorien und -theorien führte. In einem Atemzug werden Langdell ⁵⁾, Holmes ⁶⁾ und Williston ⁷⁾ genannt, obwohl diese in der logischen und systematischen Gedankenführung bei dem Aufbau

-
- 1) Vgl. auch Speidel, der treffend ausführt, "While this (Friedman's, Anm. d. Verf.) study clearly demonstrates a change in the role of courts as other legal institutions assumed control of the market, the thesis weakened somewhat by equating decline with judicial inability to formulate important market policy." 1967 Wis.L.Rev. 821, 825.
 - 2) Vgl. Kessler, Festschrift für E. Wahl, 81 ff. (82); auch Gordon, 1974 Wis.L.Rev. 1216, 1227.
 - 3) Gilmore, The Death of Contract. Es handelt sich dabei um eine Zusammenstellung und Überarbeitung von Vorlesungen, die von ihm an der Ohio State University Law School 1970 gehalten wurden.
 - 4) Vgl. dazu die im folgenden aufgeführten Beiträge.
 - 5) Langdell, Cases on Contracts (2d), 164 ff. u. 1011 ff.
 - 6) Holmes, Common Law, 195 ff.
 - 7) Williston, Contracts (1st), 99 ff.

einer "general theory" erheblich differieren ¹⁾. Abgesehen davon ist der historische Ursprung noch immer umstritten ²⁾. Gemeinsam ist diesen Autoren allerdings das Verlangen nach einer "consideration" ³⁾ als allgemeinem, schuldrechtlichem Strukturelement ⁴⁾. Die "consideration" wird somit zum Ausgangspunkt der von der Wissenschaft entwickelten "grand", "general" oder "classical theory of contract" bzw. der von Holmes ⁵⁾ eingeschränkten "bargain theory of consideration".

Wenn Gilmore von "death of contract" spricht, so meint er damit das "Ableben" dieser Theorien, mehr noch, schon auf ihren Entstehungszeitpunkt bezogen beschreibt er sie als "static, abstract, manufactured, dogmatic, quaint, destructive, monstrous and unreal". Anhand einiger "klassischer" Entscheidungen ⁶⁾ versucht er zu beweisen, wie diese Fälle zur Schaffung der "grand theory" gebraucht und in seinen Augen mißbraucht wurden. Nach Gilmores Ansicht kann eine auf diese Weise aufgebaute Theorie den sich rasch ändernden "specific events" nicht gerecht werden. Auch die Rechtsprechung habe deshalb die "theories" nur in Begriffen, nicht aber in den Er-

1) Auf die genauen Unterschiede kann und soll im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden, vgl. dazu treffend Gordon, 1974 Wis.L.Rev. 1216, 1231 f.; Preuss, Vertragsbruch als Delikt, 67 ff.

2) Vgl. Preuss aaO.; Kiralfy, 170 ff.

3) Vgl. schon oben S. 73. Außerdem ist diese Lehre ausführlich in sämtlichen amerikanischen "case books" und Lehrbüchern zum "contract law" behandelt; grundlegend dazu in deutscher Sprache die Monographie von Becker.

4) So Becker, 19.

5) Holmes, Common Law, 195 ff.

6) Dickinson v. Dodds, Foakes v. Beer, Raffles v. Wichelhaus, Paradine v. Jane, Hadley v. Baxendale, vgl. Gilmore, 28 ff., ebenda auch die Fundstellen der genannten Entscheidungen.

gebnissen angewandt ¹⁾. Außerdem weist er auf Änderungen des zweiten Restatements of Contract gegenüber dem ersten hin ²⁾; wesentliche Elemente der "bargain theory of consideration" in Section 75 seien zwar noch erhalten, besonderes Gewicht komme jedoch nun dem neu aufgenommenen Teil "promissory estoppel" (Section 90) zu ³⁾.

Aus der-mit dem Niedergang der "grand theory" begründeten - These von dem "death of contract" schließt Gilmore "the emergence of what we begin to perceive as a radically new way of analyzing the problem of civil obligation" ⁴⁾. Vertrag und Vertragsrecht würden aufgesogen von einer sich ausbreitenden deliktischen Haftung ⁵⁾, oder kurz gesagt, "the future of contract is in tort, or something very much like it" ⁶⁾.

Der Beitrag Gilmores hat im Schrifttum Anlaß zu einer lebhaften Diskussion gegeben, in deren Verlauf überwiegend eine ablehnende Haltung erkennbar wird ⁷⁾.

1) Dazu Gordon, 1974 Wis.L.Rev. 1216, 1234, "They (judges, Anm. d. Verf.) appropriated the 'bargain' theory of consideration but in fact enforced unbargained-for reliance."

2) Das Restatement ist eine private Publikation zur Vereinheitlichung des Rechts mit dem Ziel, die Normen des gemeinamerikanischen "common law" in systematischer Weise darzustellen, und zwar so, wie die amerikanischen Gerichte im allgemeinen bestimmte Streitigkeiten entscheiden würden.

3) Vgl. Gilmore, 69-72.

4) Gilmore, 101.

5) Gilmore, 87, "a contract is being reabsorbed in a mainstream of tort".

6) So Speidel, 27 Stan.L.Rev. 1161, 1177 (1975).

7) Deutlich wird das an den drei sehr ausführlichen "Book Reviews" bzw. Stellungnahmen von Reitz, 123 U.Pa.L.Rev. 697 ff. (1975); Gordon, 1974 Wis.L.Rev. 1216 ff.; Speidel, 27 Stan.L.Rev. 1161 ff. (1975) jeweils mit weiteren Hinweisen; grds. dazu noch Kessler, 22 UCLA L.Rev. 1066 ff. (1975).

Wenn auch einerseits der Behauptung zuzustimmen ist, daß die schon im Ansatz gekünstelten Thesen der "bargain theory of consideration" - und damit der "classical theory" - auf Grund ihrer Starrheit kaum zu einer auf Dauer zeitgerechten Lösung des "contract law" führen können, und daß wirtschaftliche Veränderungen wie aktuelles Vertragsverhalten darin wenig Berücksichtigung finden, so läßt sich andererseits die Fülle von Unklarheiten in dem von Gilmore beschrittenen Weg nicht übersehen.

Es kann nicht genügen, um mit der Untersuchungsmethode zu beginnen, aus einem sehr subjektiv geführten und teilweise unvollständigen ¹⁾ historischen Abriss über die Entwicklung der "consideration"-Lehre auf eine Abkehr von den Theorien und "death of contract" zu schließen, ohne auf Ansichten einzugehen, die zu einem nahezu gleichen Ergebnis, jedoch mit vollkommen unterschiedlicher Begründung kommen ²⁾. Überhaupt fehlt eine Auseinandersetzung mit den sich aufdrängenden Fragen, warum z.B. viele der damals aufgestellten Regeln heute noch angewendet werden, warum die "classical theory" noch immer vorhanden ist, sie weitgehend anerkannt und vor allem gar nicht als so starres System aufgefaßt wird ³⁾.

Festzustellen bleibt weiterhin, daß Gilmore wohl eindrucksvoll auf die Situation eingeht, in der sich das "contract law" angeblich befindet, konkrete Vorschläge und Aussichten für die Zukunft oder etwa Lösungen werden nicht angeboten.

1) Vgl. dazu die Ergänzungen von Speidel, 27 Stan.L.Rev. 1161, 1171 f. (1975).

2) Vgl. die Ausführungen zu Friedman und Macaulay oben S.74 ff; Gilmore geht ebenso nicht auf die von den "Behavioralists" an seiner Forschungsmethode geübten Kritik ein, er findet den von ihm beschrittenen Weg einfach "more interesting"; vgl. eingehend dazu Gordon, 1974 Wis.L.Rev. 1216, 1226.

3) Immerhin ist die "classical theory" als wichtiger und vielleicht entscheidender Zusammenhalt des amerikanischen Vertragsrechts anzusehen.

Sowohl bei Gilmore selbst als auch in der allgemeinen Diskussion unberücksichtigt sind die Vor- und Nachteile von Vertrags- und Deliktsklagen für die jeweils Betroffenen. Im Anschluß an die Behauptung "a contract ist being reabsorbed in a mainstream of tort" ¹⁾ fragt Gilmore lediglich: Was macht es aus, ob der Kläger aus "tort" oder aus Vertrag gegen den Beklagten vorgeht?" ²⁾ Vorteile der "tort"-Klage wie u.a. eine auch im amerikanischen Recht kürzere Verjährungsfrist, oder der stärkere Schutz bestimmter und abgegrenzter Personengruppen ³⁾ kommen damit ebensowenig zur Geltung, wie relativ schwerwiegende Nachteile. So kann nämlich das große Maß an Unvorhersehbarkeit bzgl. des Ausgangs einer "tort-action" eine Klage entsprechend den relativ "stable rules" des Vertragsrechts ratsam erscheinen lassen, bei der außerdem keine Notwendigkeit "of proving fault" besteht ⁴⁾. Demnach kann es einem Kläger nicht gleichgültig sein, ob er einen Anspruch aus Vertrag oder aus Delikt durchsetzen kann, so daß auch praktische Erwägungen gegen die Thesen von Gilmore sprechen ⁵⁾, denen insgesamt gesehen nicht gefolgt werden kann, die aber ein willkommener Anlaß sind zu Gedanken über das gegenwärtige "contract law".

Diese Überlegungen sind gleichzeitig ein Argument für die funktionale Vergleichbarkeit. Während im deutschen Recht Lösungen in den vertraglichen Haftungsbereich "gezwängt" ⁶⁾ werden, um Schwächen des Delikts-

1) Gilmore, 87.

2) Gilmore, 88.

3) Z.B. "physicians", "landlords", aber auch Architekten, Ingenieure, Wirtschaftsprüfer etc.

4) Zutreffend Drestler, Essays, 110 ff. (112); "The suggestion to be made again, therefore, is that one not neglect his contract rights when seeking enforcement in a claim!"

5) Spezielle Kritik zu Gilmore noch bei Speidel, 27 Stan. L.Rev. 1161, 1182 (1974).

6) So Preuss, Vertragsbruch als Delikt, 1.

rechts zu umgehen, versucht man im amerikanischen Rechtskreis vertragsrechtliche Schwächen vielfach durch eine Ausdehnung der deliktischen Haftung zu kompensieren.

Die Kritik an der Ansicht von Gilmore erstreckt sich im überwiegenden Schrifttum auf die gesamte neue Bewegung. Dennoch widersetzt man sich bestimmten Änderungen nicht generell, oder beharrt auf den klassischen Theorien. Die Notwendigkeit einer Anpassung dieser Lehren an heutige Verhältnisse wird nicht verkannt. Gerade weil es eine Eigenart der Länder mit "common law"-System ist, bestimmte Situationen nicht als Bruch von Vertragspflichten sondern als "tort" zu behandeln ¹⁾ und es somit zu einem "abuse of contract" ²⁾ gekommen ist, findet man durchweg die Forderung nach einer ständigen "Modernisierung", nach einer Ausrichtung und Anpassung der Regeln des "contract law" an das "social and economic life" ³⁾. Auf diese Weise wird die soziale Funktion des Vertrages und des Vertragsrechts deutlich ⁴⁾. Als Rahmen sollen Vertragsfreiheit und Privatautonomie erhalten bleiben. "The new school deserves our gratitude for constantly challenging us to continue the reconstruction of the law of contracts to meet modern needs" ⁵⁾.

1) So eingehend Rheinstein, Essays, 7 ff.; Drestler, Essays, 110 ff.; Speidel, 27 Stan.L.Rev. 1161, 1182 f. (1975).

2) Stone, Essays, 104 ff. (104).

3) Preuss, 21 kann deshalb nicht zugestimmt werden, daß die neuere Entwicklung der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse am amerikanischen Vertragsrecht vorüberzugehen scheint.

4) Nach Stone aaO. ist die Rückkehr zum noch "gesetzlich" bestehenden Vertragsrecht nur von der Gesellschaft zu lösen.
Zum ganzen Mac Neil, 47 S.Cal.L.Rev. 691 ff. (1974).

5) Kessler, 22 UCLA L.Rev. 1066, 1068 (1975).

b) Deliktsrecht ("negligence")

Im Rahmen der Entwicklung des amerikanischen Haftungsrechts sind tiefgreifende Wandlungen weiterhin im Recht der unerlaubten Handlungen - "law of torts" - zu beobachten ¹⁾, die u.a. in der Zweigleisigkeit verschiedener Haftungsgrundlagen zum Ausdruck kommen. Nicht erschöpfend oder abschließend, aber doch als Tatbestände weitgehend zusammengefaßt, sind folgende sich teilweise überlagernde Gruppen zu nennen: Zum einen "battery, assault, false imprisonment, defamation (libel-slander), nuisance, deceit, conversion, interference with contractual relations", zum anderen ohne weitere Unterteilung "negligence" ²⁾, das sich gegenüber den zuvor genannten, weit verzweigten Einzelregelungen immer stärker durchsetzt ³⁾.

Der Übergang vom Aktionensystem zu allgemeinem Haftungsrecht im "common law" mag insgesamt der Grund für diesen Wandel gewesen sein; im einzelnen sind dafür die Aufspaltung des "law of torts" in Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikte sowie die schon angesprochene wachsende Bedeutung der "action for negligence" zu nennen. Auf die einzelnen schadensverursachenden Tatbestände kann und soll mit Ausnahme der "negligence" hier nicht eingegangen werden, selbst auf die Entwicklung und Einzelheiten der Fahrlässigkeitshaftung nur insoweit, als es für das Verständnis der Zusammenhänge im Bereich des Problemkreises der Drittbeteiligung erforderlich erscheint ⁴⁾.

-
- 1) Die Erheblichkeit dieses Prozesses stellt Bohlen, 50 Harv.L.Rev. 725 ff. (1937) heraus. Wegen der problematischen systematischen Einordnungsversuche tauchen in Schrifttum und Rechtsprechung die Bezeichnungen "law of tort" und "law of torts" auf, vgl. dazu Dehmel, 34 Fn. 5; im folgenden wird hinsichtlich des amerikanischen Deliktsrechts als "law of torts" gesprochen.
 - 2) Vgl. dazu Drestler, 5.
 - 3) Vgl. Preuss, Vertragsbruch als Delikt, 27.
 - 4) Ausführlich bei Kessler, Fahrlässigkeit, 11 ff.; vgl. ansonsten Drestler, 11 ff.; Dieckmann, 1 ff.; Schlechtriem, 164 ff.; Prosser, Torts, § 28, jeweils m.w.N.

Schon immer war "negligence" als genereller Begriff - und zwar als Schuld-element - bei der Beschreibung irgendeiner Pflichtverletzung anerkannt, ohne jedoch zu den "klassischen Delikten" zu zählen. Vielmehr ist in der Geschichte der "torts" auf die Klagearten "trespass" und "trespass on the case" zurückzugehen. Während Schadensersatz über "trespass" nur wegen einer direkten und unmittelbaren Körper- oder Eigentumsverletzung ¹⁾ verlangt werden konnte, eröffnete erst die erheblich später entstandene Klage "trespass on the case" ²⁾ die Möglichkeit, Ansprüche wegen "obviously wrongful conduct resulting in injuries which were not forcible or direct" ³⁾ - also wegen mittelbar erlangter Schäden - geltend zu machen ⁴⁾. Der Unterschied zwischen den Klagearten bestand demnach nicht in vorsätzlichem ("trespass") und fahrlässigem ("trespass on the case") Verhalten, sondern vielmehr im Schadensnachweis, der bei "trespass" entbehrlich, bei "trespass on the case" als notwendige Voraussetzung erforderlich war.

Der Sache nach enthielt "trespass on the case" insoweit schon eine Haftung für "negligence" ⁵⁾ als dadurch Klagen gegen bestimmte Gewerbetreibende ⁶⁾ wegen

-
- 1) Genau genommen ist hier unter Eigentumsverletzung die Störung des Grundbesitzes zu verstehen, vgl. Dieckmann, 3; Prosser, Torts, § 7 (28).
 - 2) Speziell zu dieser Entwicklung, Dix, 46 Yale L.J. 1142 ff. (1937); Preuss, Vertragsbruch als Delikt, 98 ff.
 - 3) Prosser, Torts, § 7 (29).
 - 4) Ausführliche Darstellung der Geschichte von "trespass" und "trespass on the case" bei Woodbine, 33 Yale L.J. 799 ff. (1933); ders., 34 Yale L.J. 343 ff. (1934); Fifoot, Ch. 3; Prosser, Torts, § 7 (28 ff.); Gregory, 37 Va.L.Rev. 359 ff. (1951); Kessler, Fahrlässigkeit, 23 ff.; Winfield, 42 L.Q.Rev. 184 ff. (1926) m.w.N.
 - 5) Vgl. Schlechtriem, 164; Rheinstein, Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses, 23 ff.; Kessler, Fahrlässigkeit, 13 ff.
 - 6) Diese übten ein sog. "common calling" aus; dazu Kessler, Fahrlässigkeit, 14; Winfield, 42 L.Q.Rev. 184 ff. (1926); Prosser, Torts, § 28 (139).

Verletzung typischer, nur ihnen obliegender Sorgfaltspflichten erhoben werden konnten. Ähnlich war eine Ersatzpflicht für "negligence" u.a. schon frühzeitig im Rahmen der "nuisance" möglich - also bei einer Art Verkehrssicherungspflichtverletzung.

Im Bereich der Fahrlässigkeitshaftung hat erst im 20. Jahrhundert "negligence" die alte "trespass"-Klage entgültig verdrängt. Bis dahin konnte ein Nebeneinander der beiden Klagearten beobachtet werden.

Von Bedeutung ist weiterhin die "assumpsit"-Klage, die im Kern auf Ersatz des negativen Interesses gerichtet ist ¹⁾. Von einer ursprünglich reinen Deliktsklage, die aus der soeben dargestellten "trespass on the case" sowie aus "deceit on the case" hervorgegangen ist, hat sich inzwischen eine Umwandlung in eine Vertragsbruchs- und damit in eine Vertragsklage vollzogen. Im Verlauf dieses Prozesses wurde nämlich die "assumpsit"-Klage auch einem Verletzten gewährt, der nicht Vertragspartner, sondern Drittbegünstigter war ²⁾.

Diese Entwicklung, in deren Verlauf endlich anerkannt wurde, daß besondere Pflichten auch von einem Vertrag ausgehen können, ist gleichzusetzen mit dem Lösungs- und Abspaltungsprozeß des Vertragsrechts von dem Deliktsrecht.

"Negligence" und Vertragshaftung haben somit "trespass on the case" als gemeinsame Wurzel. Diese Tatsache mag ein Grund dafür sein, daß Ansprüche bei gleichartigen Sachverhalten einmal in der "action for negligence", zum anderen wegen "breach of a contract" geltend gemacht werden. Die Berührung und teilweise Überlagerung beider Haftungsbereiche wird an dieser Stelle deutlich.

1) Dazu eingehend Rheinstein, Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses, 33 ff.

2) Vgl. Schlechtriem, 165.

Als unabhängige Haftungsgrundlage mit eigenen Voraussetzungen und Rechtsfolgen längst anerkannt und nicht zuletzt wegen der überragenden Bedeutung vor allem in der Praxis wird "negligence" inzwischen als allgemeine deliktische Generalklausel und als wichtiger Faktor im amerikanischen "law of torts" angesehen ¹⁾. Auf die Einzelheiten dieses Haftungstatbestandes und dabei auftretende Drittbestimmungsfragen wird im weiteren Verlauf der Arbeit noch gesondert einzugehen sein.

c) Verhältnis von "contract" und "tort"

Ein Denken in bestimmten, fest umrissenen Haftungssystemen war dem "common law" traditionell fremd, früher wegen der ausschließlich deliktischen Haftung sogar unbekannt ²⁾. "Torts" und "Contract" haben sich jedoch zweifellos als Haftungskategorien herausgebildet, ohne daß mit dieser Feststellung eine reine "Zweispurigkeit" des amerikanischen Haftungsrechts behauptet werden soll. Zu erwähnen ist im übrigen erneut die in Ländern mit "common law" bestehende Tendenz, Schadensfälle vorwiegend über "torts" zu lösen, so daß die deliktische Haftung gegenüber der vertraglichen dominiert ³⁾.

1) Vgl. Drestler, 13; Lorenz, JZ 1966, 143 ff. (144); ders., JZ 1960, 108 ff. (113); Dieckmann, 2; Dehmel, 34 ist sicherlich in der Behauptung zuzustimmen, daß die derzeitige Bedeutung der "negligence" begründet ist in der Bevorzugung eines offenen und elastischen Tatbestandes bei dem Übergang von Aktionensystem zum allgemeinen Haftungsrecht im "common law".

2) Vgl. Dehmel, 38; Prosser, Torts, § 92 (614); ähnlich schon oben S. 68 f.

3) Vgl. dazu oben S. 68 sowie Rheinstein, Essays, 7 ff.; Drestler, Essays, 110 ff.; Preuss, Vertragsbruch als Delikt, 1 f.

Das Verhältnis der Ansprüche aus Vertrag und Delikt wird in Rechtsprechung und Schrifttum nicht sehr breit behandelt, zumal dieses spezielle Konkurrenzproblem ¹⁾ im amerikanischen Recht ohnehin weitgehend als Frage einer möglichst genauen Abgrenzung von Vertrags- und Deliktshaftung angesehen wird. Der Verlauf dieser Grenzlinie zwischen "tort" und "contract" interessiert schon deshalb, um den Gesamtrahmen der verschiedenartigen Möglichkeiten einer Drittersatzberechtigung und damit auch einer Drittbestimmung ebenso aufzuzeigen, wie die aus einzelnen Phasen dieser Entwicklung resultierenden Hintergründe.

Das derzeit nicht eindeutig getrennte Nebeneinander hat eine Vielzahl rechtspolitisch bedingter Veränderungen und Wandlungen hinter sich. Zwar werden meist recht sorgfältige Versuche einer Unterscheidung von Delikt und Vertrag vorgenommen, dennoch erscheint vieles als "confusing field", so daß aus diesem Grund sogar Thesen mit dem Inhalt "contract and tort should be merged" ²⁾ aufgestellt wurden, sich aber nie durchsetzen konnten. Ausgehend von dem Grundsatz, "a mere breach of a contract cannot be converted into a tort" ³⁾, wird eine unerlaubte Handlung dann angenommen, wenn eine von der Rechtsordnung der Allgemeinheit auferlegte Pflicht verletzt wird ⁴⁾. Von einem Anspruch aus Vertrag wird bei einem Bruch einer dem spezifischen Vertragspartner gegenüber bestehenden, freiwilligen Verpflichtung im Rahmen einer Sonderverbindung gesprochen.

1) Die Gerichte vermieden diese Schwierigkeit früher durch die von dem Kläger gewählte "form of action" ("pleading"); vgl. ausführlich Schlechtriem, 168 f. Auf das Konkurrenzproblem kann hier nicht weiter eingegangen werden, vgl. dazu Cowan, 7 J.Leg.Ed. 377 ff. (1955).

2) Vgl. Drestler, 7.

3) 74 Am.Jur. 2d, Torts, § 23 (639) (1974).

4) Drestler, 7 m.w.N.

Diese eher formelartigen Sätze lassen die Nähe der beiden "Gebiete" nicht erkennen und Überschneidungen nahezu unmöglich erscheinen.

Ein Rückblick auf die Zeit nach dem Abspaltungsprozeß des Vertrags- vom Deliktsrecht führt zu der ehemals sehr strikt eingehaltenen und zwischen "misfeasance" und "nonfeasance" verlaufenden Trennlinie, zeigt aber gleichzeitig die Berührungspunkte speziell von "negligence (tort)" und "contract".

Bei Schlechterfüllung -"misfeasance" - konnte der Geschädigte aus "assumpsit" und zwar im Rahmen der "negligence (tort)"-Haftung Ersatz verlangen, während ein durch Unterlassen einer pflichtgemäßen Handlung, also durch völliges Untätigbleiben, -"nonfeasance" - entstandener Schaden ebenfalls über "assumpsit", nun jedoch im Wege der aufkommenden Vertragsbruchklage geltend zu machen war ¹⁾.

Diese strenge Grenzziehung mußte zwangsläufig zu einer ständig wachsenden Zulassung von Ausnahmen führen. So richtete sich zunächst die Haftung der "common callings" ²⁾ ausschließlich nach "tort"-Grundsätzen, gleichgültig ob Schlechterfüllung, Nicht-handeln oder generell eine Weigerung zum Eintritt in ein Vertragsverhältnis vorlagen ³⁾. Weiterhin setzte

1) Eingehend Schlechtriem, 166 f. m.w.N.

2) Es handelt sich um die schon auf S. 86f. angesprochenen Berufsgruppen, die einem Kontrahierungszwang unterliegen, z.B. Fährmann, Gastwirt, Fuhrmann, Wundarzt. Auf Grund des betriebenen Gewerbes werden erhöhte Anforderungen bei der Ausübung gestellt. Zum ganzen ausführlich Kessler, Fahrlässigkeit, 13 ff.; Schlechtriem, 164 f.; Prosser, Borderland, 380, 387 ff.; Winfield, 42 L.Q.Rev. 184, 187 f. (1926); Prosser, Torts, § 92 (615); Preuss, Vertragsbruch als Delikt, 48 ff. und 78 ff.

3) Grund dafür war wohl das fehlende oder zumindest "unterentwickelte" Vertragsrecht. Zu der gegenwärtigen Rechtslage vgl. Prosser, Torts, § 92 (615) mit umfangreichen Nachweisen.

sich trotz "nonfeasance" des Schädigers eine Schadensersatzpflicht nach "tort"-Regeln durch, wenn bei bestimmten Verträgen bzw. Vertragstypen gesetzlich anerkannte oder verkehrsübliche Sorgfaltspflichten verletzt worden waren. Nimmt man den Verwahrungsvertrag als Beispiel, so haftete der Verwahrer zwar vertraglich bei Nichterfüllung besonderer im Vertrag enthaltener Abreden oder Absprachen ¹⁾. Entgegen der "misfeasance - nonfeasance" Lehre kam jedoch ein auf "tort" basierender Anspruch auch bei völligem Untätigbleiben des Beklagten in Betracht, wenn er als Verwahrer und Besitzer die dem Eigentümer gegenüber zuzumutbare, übliche und anerkannte Sorgfaltspflicht nicht beachtet hatte. Prosser formuliert dazu treffend, "The tort liability is limited to the scope of the recognized tort duty" ²⁾. Ähnlich war der Eigentümer eines Grundstückes bei Unterlassen notwendiger Sicherungsmaßnahmen den berechtigten Benutzern im Rahmen der "torts" ersatzpflichtig ³⁾.

Die zwischen "misfeasance" und "nonfeasance" verlaufende Trennlinie zur Abgrenzung von "contract" und "tort" ist selbst in der heutigen Zeit nicht bedeutungslos. Unübersehbar sind die im Verlauf der geschichtlichen Entwicklung der beiden Haftungsbereiche häufig auftretenden und soeben aufgezeigten Überlagerungen, deren Ursachen in den Bemühungen um die Begrenzung

1) Vgl. Schlechtriem, 238; Prosser, Torts, § 92 (616); Williston, Contracts, Bd. 9 § 1034 (886).

2) Prosser, Torts, § 92 (616).

3) Andererseits konnten Geschädigte auch Vermögensschäden deliktisch geltend machen, da Schlechterfüllung ("misfeasance") grds. zu "tort"-Klagen führte. Vgl. zu dem Problemkreis der Ersatzfähigkeit von Vermögensschäden generell die Monographie von Preuss, Vertragsbruch als Delikt im anglo-amerikanischen Recht.

einer zu weitgehenden Vertragsbruchhaftung durch bestimmte Wertungen der außervertraglichen Risiko-verteilung liegen ¹⁾. Ein klares Bild über das Verhältnis von Vertrag und Delikt kann trotz ausführlicher und erheblicher Bemühungen des amerikanischen Schrifttums kaum gegeben werden, nicht zuletzt wegen der einzelstaatlich oft sehr unterschiedlichen Bedingungen und Auffassungen.

Als Prinzip bleibt festzuhalten, daß die im anglo-amerikanischen Rechtskreis bevorzugte und dominierende "tort"-Haftung bei Schlechterfüllung eines Vertrages ("misfeasance") grds. dann eingreift, wenn der Beklagte auch ohne den Vertrag für den durch seine Handlung entstandenen Schaden verantwortlich wäre ²⁾, besonders wenn jemand durch die im Rahmen des Vertrages erfolgte Handlung "personal injuries" oder "property damages" erleidet. Ohne Verschulden haftet der Beklagte nach Vertragsgrundsätzen bei Verletzung einer besonderen, freiwillig eingegangenen Verpflichtung ³⁾.

Interessierte bislang bei der Betrachtung des Verhältnisses von "tort" und "contract" vorwiegend die Abgrenzung oder Überlagerung der Haftungsbereiche, so soll schließlich noch das "Nebeneinander" selbst angesprochen werden.

Einmal gibt es die Möglichkeit des Geschädigten überhaupt, Ansprüche aus Vertrag und Delikt gleichzeitig geltend zu machen. Diesen umstrittenen Konkurrenzfragen

1) Vgl. dazu eingehend Schlechtriem, 286 f.

2) Immer dann also, "whenever such a performance involves a foreseeable, unreasonable risk of harm to the interests of the plaintiff", Prosser, Torts, § 92 (618 oben).

3) Vgl. Wilson & Slade, 15 Mod.L.Rev. 458, 470 (1952); Bohlen, Studies, 1, 3.

soll nicht weiter nachgegangen werden ¹⁾. Zum anderen erfolgt eine hinsichtlich der Haftungsgrundlage unterschiedliche Behandlung gleichartiger Sachverhalte durch die Praxis oder durch Vorschriften, indem nämlich sowohl auf "tort"- als auch auf "contract"-Prinzipien verwiesen wird. So können beispielsweise Geschädigte entsprechend den Vorschriften des Uniform Commercial Code zur "products liability" (quasi-)vertraglich Schadensersatz verlangen oder sich auf "negligence" oder eine strikte Deliktsverantwortlichkeit des Schädigers berufen. Auf die Einzelheiten wird noch im Rahmen der Verkäufer- bzw. Herstellerhaftung einzugehen sein.

Weiterhin läßt sich durch die verschiedenen Anspruchsvoraussetzungen der einzelnen Vertragstypen des "bailment" auch die Haftung des "bailee" nicht eindeutig qualifizieren. Bei identischen Fallgestaltungen kann eine Ersatzpflicht gegenüber dem "bailor" nämlich nach "tort"- wie nach "contract"-Regeln bestehen. Die Beispiele ließen sich beliebig fortsetzen.

Dieses "Nebeneinander" führt somit zu Berührungen und erneut zu Überschneidungen der Haftungsbereiche "negligence" und "contract". Der Grund liegt letztlich in der Besonderheit des "case law" die Eigenarten der einzelnen Fallkonstellationen verstärkt zu berücksichtigen ²⁾.

Die im weiteren Verlauf der Arbeit interessierenden Fälle sind überwiegend in diesem "borderland" zu finden. Für die Konkretisierung des anspruchsberechtigten Personenkreises erscheint allerdings eine getrennte Erörterung der Haftungsgrundlagen ratsam.

1) Vgl. dazu vor allem Schlechtriem, 161 ff.

2) Durch die nicht starre Einhaltung der Haftungsbereiche werden u.a. Verjährungs- und Beweislastprobleme umgangen.

II. Drittbestimmung im Bereich des "contract law"

1) Allgemeine Überlegungen zu einer vertraglichen Anspruchsberechtigung Dritter

Die beiden Beispielsfälle *Visintine & Co. v. New York, Chicago & St. Louis R.R.* sowie *Woodfork v. Sanders* ¹⁾ machten schon zuvor ersichtlich, daß Dritten Schadensersatzansprüche aus Vertrag zukommen können. Bevor nun weitere exemplarische Sachverhalte, die mit den Fallkonstellationen des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte im deutschen Recht vergleichbar sind, auf ihre jeweilige Drittbestimmung hin untersucht werden, sind einige grundsätzliche Überlegungen zu der Entwicklung und zum aktuellen Stand der vertraglichen Anspruchsberechtigung Dritter erforderlich, zumal diese weder völlig unumstritten noch in sämtlichen Einzelstaaten gleichermaßen anerkannt ist. Außerdem werden auf diese Weise Leitsätze und Prinzipien erkennbar, die für das Verständnis der "third party beneficiary rule" und die Konkretisierung des geschützten Personenkreises von Bedeutung sind.

Zunächst bedarf der Begriff "third party beneficiaries" einer Erläuterung. Es handelt sich nämlich nicht allein um die - so wörtlich - als "dritte Partei Begünstigten", sondern um eine Zusammenfassung der Fälle des Vertrages zugunsten Dritter, bei denen der Dritte gerade nicht Vertragspartei wird oder überhaupt an dem Vertrag zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger aktiv beteiligt ist; er wird lediglich aus diesem begünstigt. Eine Beschränkung dieser Begünstigung ausschließlich auf die vertragliche Hauptleistungspflicht erfolgt im amerikanischen Recht allerdings nicht, so

1) Vgl. oben S. 69 f.

daß Schadensersatzansprüche Dritter wegen Verletzung einer Sorgfalts- bzw. Schutzpflicht in diesem Rahmen geltend gemacht werden können. Infolge der Einbeziehung gerade dieser letzteren Fälle in die Verträge zugunsten Dritter kann bei den folgenden Erörterungen von einer Differenzierung des anspruchsberechtigten Personenkreises abgesehen und allgemein auf die "contracts for the benefit of third persons" eingegangen werden.

a) "consideration" und "privity"

Ein Rückblick auf die Entwicklung des Vertrages zugunsten Dritter muß seinen Ausgangspunkt in der englischen Rechtsprechung haben, da dort ein Weg beschritten wurde, dem die amerikanischen Gerichte entgegen der damals häufigen Parallelität des anglo-amerikanischen Rechtskreises nicht gefolgt sind. Obwohl man in frühester Zeit eine dem Vertrag zugunsten Dritter förderliche Tendenz erkennen konnte, als Dritten Ansprüche im Wege der Klagearten "debt" bzw. "account" zugesprochen wurden ¹⁾, kam eine Wende durch die Entscheidungen Price v. Eaton ²⁾ und Tweddle v. Atkinson ³⁾. Als "rule" wurde in England festgelegt, daß dritten Personen keine Begünstigung in Form eines eigenen Anspruchs zukommen könne, da sie an der

-
- 1) Vgl. die sehr alten Entscheidungen Provender v. Wood, Het. 31, 124, 83 Eng. Rep. 318 (C.P. 1627); vor allem Dutton v. Poole, 2 Lev. 210, 83 Eng. Rep. 523 (K.B. 1677); vgl. zu dieser Entscheidung Comment, 35 U.Chi.L.Rev. 544, 554 (1968); Annot., 81 A.L.R. 1271, 1272 (1932); ausführlich Kessler, Festschrift für E. Wahl, 81 ff. (85 f.).
 - 2) Price v. Eaton, 4 B & Ad. 433, 110 Eng. Rep. 518 (K.B. 1833).
 - 3) Tweddle v. Atkinson, 1 Best. & S. 393, 121 Eng. Rep. 762 (Q.B. 1861).

"consideration" (= Gegenleistung) nicht beteiligt seien ("a stranger to the consideration of the contract"). Dies solle ebenso für den Fall gelten, in dem ein Vertrag ausdrücklich zugunsten der jeweiligen Person abgeschlossen worden sei. Nur von dem Versprechensempfänger gehe eine "consideration" aus, deshalb sei auch nur dieser klagebefugt ¹⁾.

Als Begründung für diese "rule" wurde ebenfalls das Fehlen von "privity of contract" angegeben ²⁾. "Privity" kann allerdings auf Grund der allgemeinen Fassung dieses Begriffs in anderen Rechtsbeziehungen als Erfordernis mit unterschiedlicher Bedeutung gesehen werden ³⁾. Darauf wird noch zurückzukommen sein ⁴⁾. Hier soll durch "privity of contract" das Prinzip der Relativität des Schuldverhältnisses zum Ausdruck kommen. Nur die Parteien des Vertrages können bzw. sollen berechtigt und verpflichtet und demnach auch klagebefugt sein ⁵⁾.

An diesen Grundsätzen wurde bis in die jüngste Zeit festgehalten und die Ablehnung des Vertrages zugunsten Dritter als eigenständigem Institut bestätigt, wie etwa, "an apparently very firm intention on the part

1) "Only parties who furnish consideration for an agreement may sue", Note, 54 Va.L.Rev. 1166, Fn. 3 (1968); auf das an Streitfragen reiche Gebiet der "consideration" soll nicht weiter eingegangen werden, vgl. dazu schon oben S. 73.

2) Vgl. Dunlop v. Pneumatic Tyre Co. v. Selfridge & Co., (1915) A.C. 847 (H.L.), dort heißt es u.a., "In the law of England certain principles are fundamental. One is that only a person who is a party to a contract can sue on it. Our law knows nothing of a ius quaesitum tertio arising by way of contract" (453); siehe auch Wieder, 22.

3) Vgl. Corbin, Contracts, § 778; Calamari & Perillo, Contracts, § 243 (378).

4) Vgl. S. 129.

5) Auf das Verhältnis der beiden Ablehnungsgründe, fehlende "consideration" bzw. "lack of privity of contract", zueinander und gewisse Gemeinsamkeiten weist Wieder, 20 f. hin.

of the Court of Appeal to have nothing to do with third party beneficiary rights" ¹⁾. Die Beibehaltung dieses Prinzips ist allerdings auf vielfältige Kritik gestoßen, mit der Folge, daß durch das "Law Revision Committee" eine Anerkennung des Vertrages zugunsten Dritter vorgeschlagen wird ²⁾.

Es soll jedoch nicht außer Betracht bleiben, daß auch im englischen Rechtssystem Dritten Ansprüche aus einem fremden Vertragsverhältnis zukommen können, sei es einmal durch eine inzwischen erfolgte Lockerung des "privity"-Prinzips und die daraus resultierende Zubilligung u.a. im Wertpapierrecht, bei dem "letter of credit" und im Rahmen der "third parties and life assurance contracts" ³⁾. Um die starre "rule" aus *Tweddle v. Atkinson* zu umgehen, wurde zum anderen eine Anspruchsberechtigung Dritter über die "trust theorie" ⁴⁾ konstruiert, die letztlich auf einer Fiktion insofern beruht, als weder ein "trust" bzw. der Versprechensempfänger als "trustee" im Vertrag erwähnt noch von den Parteien bedacht sein werden ⁵⁾. Grund

1) So in *Green v. Russel*, 2 Q.B. 226 (C.A. 1959); vgl. auch *Beswick v. Beswick*, (1966) Ch. 538 (C.A.), sowie *Wylie*, 17 N.Ir. L.Q. 351 ff. (1966).

2) Vgl. dazu näher *Cheshire & Fifoot*, 405; *Kessler*, *Festschrift für E. Wahl*, 81 ff. (89 f.); zu der Entwicklung insgesamt auch *Preuss*, *Vertragsbruch als Delikt*, 119 ff.

3) Zu den Ausnahmen *Kessler*, aaO.

4) Der Ursprung dieser Theorie geht auf *Tomlinson v. Gill*, (1756) 1 Ambl. 330, 27 Eng. Reprint, 221 zurück.

5) Diese Lösungsmöglichkeit wurde erwähnt in *Lloyd's v. Harper*, (1880) L.R. 16 Ch.Div. 290, 21 Engl.Rul. Cas. 669, "Where a contract is made for the benefit of a third person, there is an equity in that third person to sue on the contract, and the person who entered into the contract may be treated as a trustee for the person whose benefit it has been entered into."

Zum ganzen der ausführliche Aufsatz von *Corbin*, 46 L.Q.Rev. 12 ff. (1930); daneben *Annot.*, 81 A.L.R. 1271 ff. (1932); *Annot.*, 148 A.L.R. 359 ff. (1944); *Comment*, 35 U.Chi.L.Rev. 544 ff. (1968); zu dem Verhältnis von "trust theory" im Bereich des "equity law" und der "consideration/privity rule" eingehend *Wieder*, 122 ff. m.w.N.

für diese Ausnahmen ist letztlich das Bemühen wirtschaftliche Ungerechtigkeiten zu vermeiden und nahe familiäre Beziehungen zu berücksichtigen.

Im amerikanischen Recht ist dagegen eine andere Entwicklung zu beobachten. Zwar wird als "general rule" an dem Prinzip der "privity of contract" in der oben erläuterten Bedeutung festgehalten, "The rule is that one not a party to, or in privity with a contract, cannot sue for its breach; and a stranger to a contract can take no advantage of a breach of any condition of the contract" ¹⁾. Tatsächlich wurde in vielen Entscheidungen Dritten vertraglicher Schutz wegen fehlender "privity" verweigert.

Die Einschränkung dieses Grundsatzes begann aber schon frühzeitig mit der berühmten Entscheidung *Lawrence v. Fox* ²⁾. Über Umwege gelangte man im Laufe der Zeit dazu, daß aus der damaligen Ausnahme eine eigene neue Regel wurde.

Zunächst glaubte man nämlich dem Erfordernis nach "privity of contract" dadurch gerecht werden, es umgehen oder ablehnen zu können, indem man verschiedene Theorien oder Konstruktionen wie u.a. agency ³⁾, subrogation ⁴⁾, novation ⁵⁾, obligation in the nature

1) So in letzter Zeit *Twine v. Liberty National Life Insurance Co.*, 311 So. 2d 299, 305 (Ala. 1975); *Watson v. Mills*, 275 Ala. 176, 153 So.2d 612 (1963); *Matternes v. City of Winston Salem*, 209 So.2d 481 (N.C.1974); *La Chemise Lacoste v. Alligator Co.*, 374 F.Supp. 52 (D.C.Del. 1974); *Reynolds v. Van Beuren*, 155 N.Y. 120, 49 N.E. 763 (1898) jeweils m.w.N.

2) *Lawrence v. Fox*, 20 N.Y. 268 (Ct. App. 1859).

3) *Gifford v. Corrigan*, 117 N.Y. 257, 11 N.E. 756 (1889); weitere sehr alte Fälle in Annot., 81 A.L.R. 1284 (1932).

4) *Green v. Mc Donald*, 75 Vt. 93, 53 A. 332 (1902).

5) Dazu *Corbin*, 27 Yale L.J. 1008, 1019 (1918); ders., *Contracts*, § 794; *Dold*, 81.

of assumption¹⁾ als "theoretical basis" einer vertraglichen Anspruchsberechtigung Dritter betrachtete²⁾.

Eine große Anzahl alter und neuerer Entscheidungen geht weiterhin davon aus, daß der Vertrag selbst, der den Dritten begünstigt, die "privity of contract" schaffe, "the law, operating on the act of the parties, creates the duty, establishes the privity, and implies the promise and the obligation, on which the action is founded."³⁾ Mit dieser eher verwirrenden Formulierung und dem krampfhaften Festhalten an einer vorliegenden "privity" ist jedoch nichts anderes ausgesagt, als daß ein zwischen Gläubiger und Schuldner geschlossener Vertrag zugunsten Dritter letzterem einklagbare Rechte "verschaffen" kann⁴⁾. Indirekt rückte man damit von der strikten Forderung nach "privity" ab⁵⁾.

-
- 1) Vgl. Corbin, 27 Yale L.Rev. 1008, 1020 (1918); Annot., 81 A.L.R. 1271, 1282, 1284 (1932).
 - 2) Allgemein zu diesen und anderen Theorien vgl. Annot., 81 A.L.R. 1271, 1282 ff. (1932); Dold, 76 ff. und Corbin, Contracts, § 794, "These theories were merely complex rationalizations, used for the purpose of attaining a desired result, a result that is now very generally attained without them and a result that is desirable in many cases to which none of them can readily be applied."
 - 3) Vgl. Brewer v. Dyer, 7 Cush. 337 (Mass. 1851); ähnlich Meyerson v. New Idea Hosiery Co., 217 Ala. 153, 115 So.94 (1927); Annot., 81 A.L.R. 1271, 1282, 1284 (1932) m.w.N. der älteren "cases"; vgl. ansonsten State ex.rel. Butterrey Foods, Inc. v. District Ct., 148 Mont. 350, 420 P. 2d 845 (1966).
 - 4) Vgl. Corbin, Contracts, § 779 J, "that is to say, the 'contract' creates the right in the third party just as it does in the first or second parties."
 - 5) "The courts really mean that the law dispenses with the necessity of privity in the strict sense of the term", Annot., 81 A.L.R. 1271, 1282, 1284 (1932); Anderson v. Rexroad, 175 Kan. 676, 266 P. 2d 320 (1954); Williston, Contracts, § 347 (1977); Note, 57 Col.L.Rev. 406 Fn. 4 (1957).

In der neueren Rechtsprechung wird deshalb nicht mehr so häufig auf diese Voraussetzung abgestellt, wenn auch aus rechtspolitischen Gründen - beispielsweise bei den "public contracts" oder z.T. bei der "warranty"-Haftung - auf fehlende "privity of contract" hingewiesen wird, um so eine Anspruchsberechtigung Dritter zu verhindern.

b) Die gegenwärtige "third party beneficiary rule"

Wurden anfangs noch sehr unterschiedliche Auffassungen zu der "third party beneficiary" Doktrin vertreten und ihre allgemeine Anwendung in manchen Einzelstaaten vollkommen abgelehnt oder durch eigene "rules" ersetzt ¹⁾, so muß derzeit von einer überwiegenden Anerkennung der vertraglichen Anspruchsberechtigung Dritter im Sinne dieser Regel gesprochen werden. Einzig Massachusetts beharrt auf der "general rule" der Relativität des Schuldverhältnisses und verweigert dritten Personen ("stranger") vertragliche Ansprüche wegen fehlender "consideration". Danach könnte nur bei einer "direct contractual relationship" zwischen Kläger und Beklagtem Ansprüche geltend gemacht werden ²⁾. Verschiedene Ausnahmen werden allerdings zugelassen ³⁾.

1) Vgl. die eigenen "rules" von Pennsylvania, Michigan, Georgia, Connecticut, New Hampshire und Vermont, die noch an die alten Theorien anknüpften und verschiedene Einschränkungen vorsahen, die inzwischen aber aufgegeben sind. Zu den Einzelheiten vgl. Annot., 81 A.L.R. 1271, 1274 ff. (1932).

2) Vgl. Everett Factories & Terminal Corp. v. Oldtyme Distill. Corp., 300 Mass. 499, 15 N.E. 2d 829 (1938); Annot., 118 A.L.R. 982 ff. (1939); an neueren Fällen Merrill v. Kirkland Construction Co. Inc., 310 N.E. 2d 106 (Mass. 1974); Boston & Maine R.R. v. Construction Mach. Corp., 346 Mass. 513, 194 N.E. 2d 395 (1963); Crompton v. Lumbermens Mut. Cas. Co., 333 Mass. 160, 129 N.E. 2d 139 (1955); dazu noch Bernhard, 49 Mass. L.Q. 159 ff. (1964); Williston, Contracts, § 360; Corbin, Contracts, § 826 jeweils m.w.N.

3) Vgl. Bernhard, 49 Mass. L.Q. 159 ff. (1964); auch Annot., 81 A.L.R. 1271, 1273 f. (1932); Annot., 148 A.L.R. 359 ff. (1944); Annot., 21 A.L.R. 2d 1061, 1067 (1952); Green v. Green, 298 Mass. 19, 9 N.E. 2d 413 (1937).

Im übrigen kann als gemeinsame Position und als Ausgangspunkt folgender Grundsatz angesehen werden:

"A third person may in his own right and name, enforce a promise made for his benefit even though he is a stranger both to the contract and to the consideration."¹⁾

Aus dem Ausnahmefall von dem "privity"-Prinzip ist nunmehr eine "affirmative rule" mit eigenen Beschränkungen und Besonderheiten geworden, deren Basis weder in einer Fiktion von "privity" noch in veralteten Theorien liegt, sondern letztlich auf Praktikabilitäts- und Vernunftgesichtspunkte zurückzuführen ist.

Die zu dieser allgemeinen "rule" in den Einzelstaaten erlassenen "statutes" ²⁾ beziehen sich infolgedessen weniger auf die Doktrin an sich, als vielmehr auf den Umfang des Anspruchs und die Bestimmung des berechtigten Personenkreises und können deshalb an dieser Stelle bei der Erörterung der "third party beneficiary rule" noch außer Betracht bleiben ³⁾.

Erforderlich für die Geltendmachung eines Anspruchs entsprechend dieser "rule" ist grundsätzlich das Vorliegen eines wirksamen Vertrages zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger, in dem eine "performance" zugesichert und geschuldet sein muß. Bei Dreiecksverhältnissen müssen die betreffenden dritten Personen weiterhin "stärker als eine bloße Zufallserscheinung in diesen Vertrag einbezogen sein", um anspruchsbzw. ersatzberechtigt zu sein.

1) Als "affirmative rule" wird diese Doktrin von unzähligen Entscheidungen anerkannt, vgl. die Hinweise in 17 Am.Jur. 2d § 302 (722, Fn. 14) (1964) und Annot., 81 A.L.R. 1271, 1279 ff. (1932).

2) Vgl. ausführlich dazu Williston, Contracts, § 367 (889 ff.).

3) Sofern sich daraus Kriterien für die Drittbestimmung ergeben, erfolgt eine Berücksichtigung unter 2) im Anschluß.

Bei genauer Betrachtung dieser Voraussetzungen wird deutlich, warum von der amerikanischen Rechtsprechung so unterschiedliche Sachverhalte unter Berufung auf die "third party beneficiary doctrine" entschieden und dritten Personen außer Leistungs- auch Schadensersatzansprüche zugebilligt worden sind. Eine systematische Untersuchung und Aufteilung der einzelnen Pflichten im Rahmen eines Schuldverhältnisses kann nämlich nicht festgestellt werden. So fehlt vor allem eine Differenzierung bzgl. der (Haupt-)Leistungspflichten und sonstigen Neben- und Schutzpflichten. Allein aus der erforderlichen und geschuldeten "performance" oder dem beabsichtigten "benefit" kann nicht entnommen werden, ob nur ein Anspruch auf die vertragliche Hauptleistung bestehen soll, oder ob die "third party" auch Schadensersatz wegen der Verletzung einer Sorgfalts-(Schutz-)pflicht geltend machen kann. Aus diesen Gründen ist die "third party beneficiary doctrine" nicht nur auf die der deutschen Rechtsordnung bekannten Fälle des echten Vertrages zugunsten Dritter beschränkt ¹⁾ sondern umfaßt auch Sachverhalte, die denen des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte gleichen.

2) Dritte als Anspruchsberechtigte

Allein die unter bestimmten Voraussetzungen grundsätzliche Anerkennung einer vertraglichen Anspruchsberechtigung dritter Personen, die nicht Vertragspartei sind, führt noch nicht zu einer Antwort auf die hier entscheidende Frage nach einer Konkretisierung

1) Allerdings betrifft die ganz überwiegende Anzahl der Entscheidungen diese Konstellation.

des ersatzberechtigten Personenkreises. Kriterien dazu sollen herausgearbeitet werden einmal allgemein im Rahmen der bestehenden "third party beneficiary rule", zum anderen anhand falltypischer Besonderheiten. Die Untersuchung wird jedoch - wie erwähnt - im wesentlichen auf Sachverhalte beschränkt werden müssen, die mit denen des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte vergleichbar sind.

a) "Third party beneficiary doctrine" und
Drittbestimmung

Trotz mannigfaltiger Bemühungen um eine möglichst exakte und an feste Voraussetzungen geknüpfte Drittbestimmung lassen sich allgemein gültige Regeln, die wie die "third party beneficiary rule" fester Bestandteil der amerikanischen Rechtsordnung sind, nur schwer herausstellen. Ein Grund dafür ist die Fülle verschiedener Begriffe, die bzgl. der Kennzeichnung des anspruchsberechtigten Dritten differierende Methoden vermuten lassen. Gewisse Gemeinsamkeiten im Hinblick auf eine bevorzugte Berücksichtigung des "intent" der beteiligten Vertragsparteien ¹⁾ sind jedoch unverkennbar und werden auch von der modernen Rechtsprechung und Lehre als "intent"-Konzeption oder "intent-test" in den Vordergrund gestellt.

1) Den Begriffen des amerikanischen Vertragsrechts entsprechend sollen Gläubiger und Schuldner des Vertrages im folgenden als Versprechensempfänger bzw. als Versprechender bezeichnet werden.

aa) Einteilung in Kategorien

Ausgangspunkt dieser Entwicklung war zunächst der Versuch einer Klassifizierung der "third parties" ¹⁾.

(1) "donee beneficiaries"

In Anderson v. Rexroad ²⁾ bestand ein schriftlicher Vertrag zwischen der Stadt Assaria und der Baufirma Rexroad über die Ausbesserung bestimmter Straßen, in dem es ausdrücklich hieß, daß der Vertragspartner (Rexroad) für alle Schäden an Gebäuden, Bäumen, Sträuchern und Eigentum hafte, und der Vertrag "for the benefit of the residents and property owners" der Stadt abgeschlossen worden sei. Ein Arbeiter der Baufirma zertrennte mit einem Bulldozer eine örtliche Gasleitung. Durch das ausströmende, entzündete Gas brannte das Haus von Anderson nieder und wurde vollkommen zerstört. Anderson konnte einen Schadensersatzanspruch aus Vertrag direkt gegen die Baufirma durchsetzen.

Neben der Ablehnung der Notwendigkeit von "privity" und der Bestätigung der "third party beneficiary rule" wurde festgestellt, daß der Kläger zu dem durch den Vertrag ausdrücklich und eindeutig begünstigten Personenkreis gehöre, so daß es auf eine Ausdeutung der Erklärungen der Parteien nicht mehr ankomme. Anderson sei ein "donee beneficiary" des zwischen der Stadt und der Baufirma geschlossenen Vertrages.

Diese Kategorie von anspruchsberechtigten Dritten läßt sich schon in sehr alten Fällen finden ³⁾ und wurde für kurze Zeit sogar als einzige Gruppe von Begünstig-

1) Dieser Ausdruck ist eigentlich nicht exakt, da die Dritten gerade keine Parteien des Vertrages sind. Vgl. oben S. 102.

2) Anderson v. Rexroad, 175 Kan. 676, 266 P. 2d 320 (1954).

3) Vgl. u.a. Second Nat. Bank v. Grand Lodge F. & A.M., 98 U.S. 123, 25 L.Ed. 75 (1878); oft auch als "sole beneficiary" bezeichnet.

ten anerkannt. Zuvor hatte man versucht, das Problem einer eigenen Anspruchsberechtigung der "donees" dadurch zu umgehen, daß man bei bestehenden nahen verwandtschaftlichen oder sonstigen Beziehungen die jeweiligen Dritten selbst als Versprechensempfänger betrachtete ¹⁾.

Von dem Gedanken ausgehend, daß einem geschädigten Dritten bei Schlechterfüllung in derartigen Fällen ein eigener Anspruch zustehen müsse, um den Versprechenden überhaupt haftbar machen zu können - schließlich habe der Versprechensempfänger selbst mangels eigener Beeinträchtigung kein einklagbares Recht - ²⁾ wurden bestimmte Voraussetzungen von der Rechtsprechung herausgearbeitet und von dem Restatement (1st) of Contracts übernommen:

Als "donee beneficiary" wird danach jemand bezeichnet, "if it appears from the terms of the promise in view of the accompanying circumstances that the purpose of the promisee in obtaining the promise of all or part of the performance thereof is to make a gift to the beneficiary or to confer upon him a right against the promisor to some performance neither due nor supposed or asserted to be due from the promisee to the beneficiary" ³⁾.

In den typischen Fällen, wie beispielsweise bei Lebensversicherungsverträgen oder bei Zuwendungen an Kinder, treten kaum Probleme auf und die Anspruchsberechtigung des jeweiligen Begünstigten ist ebenso

1) Vgl. Downey v. Union Trust Co. of Springfield, 312 Mass. 405, 45 N.E. 2d 373 (1942); De Cicco v. Schweizer 221 N.Y. 431, 117 N.E. 807 (1918); eingehend dazu Williston, Contracts, § 357 (845 ff.).

2) Vgl. dazu Murray, Contracts, § 276 (562).

3) Statt vieler vgl. Marlboro Shirt Co., Inc. v. American Dist. Tel. Co. 196 Md. 565, 77 A. 2d 776 (1951); dazu Note, 27 N.D.L.Rev. 347 ff. (1951); Ridder v. Blethen, 24 Wash. 2d 552, 116 P. 2d 834 (1946); Restatement (1st) of Contracts, § 133 (1) (a) (1932).

offensichtlich wie einleuchtend. In der überwiegenden Mehrzahl der Sachverhalte kann jedoch eine selbstlose Schenkungsabsicht nicht erkannt werden. Der beschriebene Anderson-Fall ist aus diesem Grunde bemerkenswert. Dem Hauseigentümer sollte nämlich ein Schadensersatzanspruch zuteil werden und gerade keine Schenkung. Erst recht sollte er nicht einen eigenen Anspruch auf Erfüllung (Straßenbauarbeiten etc.) erhalten. Das Gericht ist jedoch nicht weiter darauf eingegangen und berief sich auf den Vertragstext ¹⁾.

Aus rechtspolitischen Gründen wurde bei den häufig sehr komplexen Sachverhalten der Kreis der "donees" von der Rechtsprechung erweitert. Die von den Gerichten anerkannten bzw. angewandten Kriterien ermöglichten dies relativ leicht, obwohl die konkrete Fassung des Begriffs "donee" bzw. das in diesem Zusammenhang für erforderlich gehaltene Vorliegen eines "gift" eigentlich eine Beschränkung des begünstigten Personenkreises hätte zur Folge haben müssen. Ein "donative-intent" konnte vielfach jedoch in irgendeiner Form festgestellt werden und so rückte man von der strikten Forderung nach einem ausschließlich den Dritten begünstigenden "gift-promise" ab.

1) Anders in dem Fall *Mowrer v. Poirer & Mc Lane Corporation*, 382 Pa.2, 114 A. 2d 88 (1955); dazu Note, 17 U.Pitt.L.Rev. 483 ff. (1956); vor allem die "dissenting opinion", die sich ausführlich mit der Zweckbestimmung des Versprechensempfängers beschäftigt. Folgender Sachverhalt lag zugrunde: Zum Bau eines Staudammes schloß der Bundesstaat Pennsylvania einen Vertrag mit einer Firma (Poirer & Mc Lane), in dem die Schadloshaltung (durch entsprechenden Versicherungsschluß) Dritter bei Körper- und Sachschäden Vertragsbestandteil war. Der einem "subcontractor" von dem Kläger überlassene Traktor wurde beschädigt.

Immerhin kann jeder "third party beneficiary" in gewisser Weise als "donee" bezeichnet werden, weil er das einklagbare Recht aus dem Vertrag zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger "für nichts" und als zusätzliche rechtliche Sicherheit erhalten hat ¹⁾. Diese Argumentation steht nicht in Widerspruch zu der "extremely broad language" des Restatements ²⁾ oder zu der Rechtsprechung, die "easily expandible" ³⁾ ist. So wurden Personen als anspruchsberechtigte "third parties" angesehen, obwohl von diesen keine "consideration" ausging ⁴⁾, oder ein "donative spirit" vollkommen fehlte ⁵⁾.

Rechtsunsicherheit entstand jedoch dadurch, daß neben dieser Ausdehnung gleichzeitig Entscheidungen ergingen, die Dritten in vergleichbaren Situationen Ansprüche verweigerten, weil es an einem ausschließlichen "beneficial impulse", "charitable intent" oder "intent to confer a gift" fehle ⁶⁾, oder die Voraussetzungen einer "gift transaction" wegen "lack of a donative spirit" ⁷⁾ nicht gegeben seien.

1) Vgl. auch Corbin, Contracts, § 782 Fn. 26.

2) So Note, 54 Va.L.Rev. 1166, 1168 f. (1968).

3) Vgl. Note, 57 Col.L.Rev. 406, 423 (1957).

4) Vgl. Coleman Hotel Co. v. Crawford, 3 S.W. 2d 1109 (Tex.Civ.App. 1928); Mc Cain v. Stevens, 80 Ariz. 306, 297 P. 2d 352 (1956).

5) Vgl. Hamill v. Maryland Cas.Co., 209 F. 2d 338 (10th Cir. 1954), sowie weitere Nachweise in Note, 57 Col.L.Rev. 406, 422 Fn. 91 (1957).

6) Vgl. United States v. Inorganics. Inc., 109 F. Supp. 576 (E.D.Tenn. 1952).

7) Vgl. Isbrandtsen Co. v. Local 1291, International Longshoremen's Ass'n., 204 F. 2d 495 (3d Cir. 1953).

Die verschiedenen Ungereimtheiten machten deutlich, daß eine strikte Kategorisierung und eine Einteilung in Klassen kein ideales Lösungsmodell sein konnte. Man stellte deshalb schon bei den "donees" zunehmend auf die Absicht des Versprechensempfängers ab ¹⁾.

(2) "Creditor beneficiaries"

Zur Untersuchung einer weiteren "Klasse" anspruchsberechtigter Personen, die nicht Vertragspartei sind, soll noch einmal der Fall *Visintine & Co. v. New York, Chicago & St. Louis R.R.Co.* ²⁾ aufgegriffen werden.

Es war zu Beginn lediglich festgestellt worden, daß die Firma Visintine gegen die Railroad Company als "third party beneficiary" einen Schadensersatzanspruch aus Vertrag durchsetzen konnte. Begründet wurde die Entscheidung damit, daß Visintine ein "creditor beneficiary" des Vertrages zwischen dem Staat Ohio und den Eisenbahngesellschaften sei. "Creditor" deshalb, weil bestimmte Pflichten, die der Staat Ohio der Visintine im Rahmen des mit ihr geschlossenen Vertrages schuldete - darunter auch die Pflicht zur Ver-

1) "The donee requirement of a 'purpose' on the part of the promisee to benefit the third person only perpetuates the problems of the intent to benefit test", so Note, 57 Col.L.Rev. 406, 423 (1957); siehe auch die "dissenting opinion" in *Mowrer v. Poirier & Mc Lane Corporation*, 382 Pa. 2, 114 A. 2d 88, 91 (1955) "The question is simply one of intention. And while it has been said that it is the intention of the parties to the contract which must be sought ... in reality it is the purpose of the promisee who extracts the promise for the benefit of the third party that is controlling"; vgl. auch *Cascade Timber Co. v. Northern Pac.Ry.Co.* 184 P. 2d 90 (Wash. 1947).

2) *Visintine & Co. v. New York, Chicago & St. Louis R.R.Co.*, 169 Ohio St. 505, 160 N.E. 2d 311 (1959); vgl. die ausführliche Schilderung des Sachverhalts oben S. 69 f.

hinderung möglicher Schwierigkeiten und Verzögerungen bzgl. der von Visintine zu erbringenden vertraglichen Leistungen - , den betroffenen Eisenbahngesellschaften bekannt gewesen und von ihnen im Rahmen des eigenen Vertrages mit dem Staat Ohio übernommen und der Klägerin gegenüber verletzt worden seien ¹⁾.

Ähnlich dem Fall *Anderson v. Rexroad* bei den "donees" nimmt auch die zu den "creditors" ausgewählte Entscheidung eine gewisse Sonderstellung ein. Als "creditor beneficiary" wird nämlich grundsätzlich nur derjenige angesehen, "in which no purpose to make a gift appears from the terms of the promise in view of the accompanying circumstances and performance of the promise will satisfy an actual or supposed or asserted duty of the promisee to the beneficiary, or a right of the beneficiary against the promisee which has been barred by Statute of Limitations or by a discharge in bankruptcy, or which is unenforceable because of the Statutes of Frauds" ²⁾.

Als Normalfall des "creditor-beneficiary case" kann die Begleichung einer zwischen dem Versprechensempfänger und einem Dritten bestehende Schuld durch den Ver-

1) Bzgl. des Verhältnisses der bestehenden Pflichten und der Immunität des Staates Ohio wird ausgesagt, "Even though the state, because of governmental immunity, can not be sued for its failure to perform those duties, the duties nevertheless existed", 160 N.E. 2d 311, 313 (1959).

2) Williston, Contracts, § 361 (863); Restatement (1st) of Contracts, § 133 (1) (b) (1932), diese Definition wird in sehr vielen Entscheidungen genannt, vgl. u.a. *Hartmann Ranch Co. v. Associated Oil Co.*, 10 Cal. 2d 232, 73 P. 2d 1163, 1169 (1937); *Oliver B. Cannon & Sons, Inc. v. Dorr - Oliver, Inc.*, 312 A. 2d 323, 326 (Del.Super. 1973); vgl. auch Restatement (1st) Contracts, § 316 (1) (a) (1932) "a promise to discharge the promisee's duty creates a duty of the promisor to the creditor beneficiary to perform the promise."

sprechenden in Form der Bezahlung einer feststehenden Summe betrachtet werden (vergleichbar der Situation beim echten Vertrag zugunsten Dritter) ¹⁾.

Die Forderung "performance will satisfy a duty" wird insofern sehr eng ausgelegt. Das Ziel des Versprechensempfängers bei Abschluß des Vertrages soll danach primär der eigene Vorteil durch Befreiung von einer Verbindlichkeit sein ²⁾. Ausgangspunkt ist die "discharge his debt", also die Tilgung einer (Geld-) Schuld mit der Folge, daß der Dritte nur einen Anspruch auf die vertragliche Hauptleistung erhalten kann.

Diese Einschränkung des Begriffs der vertraglichen "duty" hat ihren Grund in der im amerikanischen Recht mangelhaften Konkretisierung der verschiedenen in einem Schuldverhältnis auftretenden Pflichten. Wird demnach als Voraussetzung das Bestehen einer "duty" oder "obligation" gefordert, so läßt das nicht notwendig auf eine sich auf die Hauptleistung beziehende Gläubigerstellung der "third party" gegenüber dem Versprechensempfänger schließen ³⁾ und ebensowenig auf die Begleichung einer "money debt only" ⁴⁾. Corbin geht als einer der wenigen auf die

1) Vgl. Lawrence v. Fox 20 N.Y. 268 (Ct. App. 1859); Williston, Contracts, § 356 (830).

2) Vgl. Williston, Contracts, § 361 (863); Heins v. Byers, 174 Minn. 350, 219 N.W. 287 (1928); auch King v. National Industries, Inc., 512 F. 2d 29 (6th Cir. 1975).

3) Vgl. Mc Clare v. Mass. Bonding & Ins. Co., 266 N.Y. 371, 195 N.E. 15 (1935); sowie Kessler, Festschrift für E. Wahl, 81 ff. (92, Fn. 52).

4) D. Ghiradelli Co. v. Hunsicker, 164 Cal. 355, 128 P. 1041 (1912); Hartmann Ranch Co. v. Associated Oil Co., 10 Cal. 2d 232, 73 P. 2d 1163, 1169 (1937).

Treffend Corbin, Contracts, § 787, 4, "There seems to be no good reason for restricting the rule to cases where the third party is a creditor in the narrow sense of one to whom promisee owes a liquidated debt". Vgl. auch die weiteren Ausführungen ebenda.

Möglichkeit der unterschiedlichen Begünstigung einer "third party" ein, ohne dabei zu verkennen, daß es für ein einklagbares Recht des Dritten nicht ausschließlich auf die "form of benefit" ankommt ¹⁾.

Gerade an dem Visintine-Fall versuchte man zu verdeutlichen, daß die Tatsache der Begünstigung eines Dritten nicht "primary purpose" des Vertrages sein muß. Im Gegensatz zu vielen anderen Entscheidungen wurde vielmehr die geschuldete "performance" genau untersucht und festgestellt, daß Dritten vertragliche Ansprüche in vielen "cases" nur deshalb verweigert worden seien, weil die Vertragsparteien sich überlicherweise nur selbst begünstigen und schützen wollten. "Third parties" müsse aber auch dann ein eigenes Recht eingeräumt werden, wenn sie nicht als Empfänger der von dem Versprechenden zu erbringenden vertraglichen Hauptleistung und nur insoweit als Begünstigte vorgesehen sind ²⁾.

Allerdings fehlt eine Aussage über die Intensität des "Pflichtenverhältnisses" zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten, so daß auch bei den "creditor-beneficiaries" die Bestimmung der anspruchsberechtigten Person nicht immer auf Grund der für diese "Klasse" eigens entwickelten Kriterien möglich ist und deshalb auf "intent" der Beteiligten zurückgegriffen wurde.

1) Corbin, Contracts, § 775 "The promised performance may be beneficial to the third party beneficiary in two respects: First, it may be a performance that will in itself create new and legal relations between him and other persons; and secondly, without affecting his legal relations at all, it may beneficially affect his physical, social and economic relations with the surrounding world."

2) Vgl. dazu Note, 45 Va.L.Rev. 1226 ff. (1959).

Durch die unterschiedlichen Anforderungen von "gift promise" einerseits und "duty" bzw. "obligation" andererseits wurde an der Differenzierung in "donees" und "creditors" vielfach festgehalten. Zusätzliches Argument war, daß im Gegensatz zum "donee" das Recht des "creditor" nur derivativ sei und folglich von "promissor" und "promisee" verändert werden könne ¹⁾.

Wenn dennoch von vielen Gerichten nur allgemein von "third-party beneficiaries" gesprochen und von einer Trennung in "donees" und "creditors" abgesehen wurde ²⁾, dann sicherlich nicht als Folge der zuvor aufgestellten These, daß man von jedem "creditor" behaupten kann er sei in gewisser Weise ein "donee" ³⁾. Vielmehr sind durch die erforderliche "duty" die Fälle des "creditor-beneficiary" ohnehin beschränkt ⁴⁾ und durch die liberale Handhabung der Voraussetzung einer notwendigen "obligation" ist eine Zuordnung oft unmöglich.

-
- 1) So könne die "duty" z.B. auch durch "performance" gegenüber dem Versprechensempfänger erfüllt werden. Der Dritte habe ja dann immer noch einen eigenen Anspruch gegen diesen. Vgl. grds. zu den Unterschieden von "donee-beneficiaries" und "creditor-beneficiaries" Note, 57 Col.L.Rev. 406, 415 ff. (1957); Córbin, Contracts, § 788 jeweils m.w.N.
 - 2) Merkwürdigerweise anders die relativ neue Entscheidung *Oliver B. Cannon & Sons, Inc. v. Dorr - Oliver, Inc.*, 312 A. 2d 323 (Del.Super 1973); vgl. ansonsten Note, 57 Col.L.Rev. 406, 420 (1957).
 - 3) S. oben S. 107.
 - 4) Als anspruchsberechtigte Klasse werden "creditor-beneficiaries" sogar generell abgelehnt von Whittier, 32 Yale L.J. 790 ff. (1922/23).

(3) "incidental - beneficiaries"

Als "incidental - beneficiaries" werden schließlich noch diejenigen bezeichnet, die zwar irgendwie durch den Vertrag zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger begünstigt werden, deren Beziehungen zu den Parteien aber nicht so stark sind, als daß eine eigene Anspruchsberechtigung gerechtfertigt wäre ¹⁾. Diese Kriterien sind jedoch für eine Drittbestimmung ungenau und wenig geeignet. Man hat deshalb versucht, die Klassen der "donees" und "creditors" möglichst eindeutig zu definieren, um dann sagen zu können "such a person is an incidental beneficiary if the benefits to him are merely incidental to the performance of the promise and if he is neither a donee beneficiary nor a creditor beneficiary" ²⁾. Auf die "incidental beneficiaries" wird anschließend erneut im Rahmen des "intent-test" zurückzukommen sein ³⁾.

Insgesamt ist die Konkretisierung des anspruchsberechtigten Personenkreises anhand begrenzter und bestimmter Klassen für die Gerichte zweifellos bequem und gibt den Anschein von Rechtssicherheit. Befriedigen kann die auf diese Weise erfolgende Drittbestimmung jedoch letztlich nicht, insbesondere wegen der immer komplexer werdenden Sachverhalte, die entweder eine Erweiterung der Definitionen verlangt hätten, oder aber die Anerkennung "neuer" Begünstigter unter anderen Gesichtspunkten als "gift" und "debt" ⁴⁾.

1) Vgl. Corbin, Contracts, § 779 C.

2) So Williston, Contracts, § 356 (827); Restatement (1st) of Contracts, § 133 (1) (c) (1932); auch Corbin, Contracts, § 779 c; Johnsons Farm Equipment Co. v. Cook, 230 F. 2d 119 (8th Cir. 1956); Hendrix Mill & Lumber Co. v. Meador, 228 Ky. 844, 16 S.W. 2d 482 (Ct. App. 1929).

3) Vgl. S. 130 und 133 f.

4) Treffend Corbin, Contracts, § 795 "Classifications are necessary and useful (if well made), but they generally have imperfections and it is always dangerous to apply them mechanically as absolute tests of justice and the law." (im Supplement)

Die anfängliche Verwirrung bei dem Versuch einer strikten Einhaltung der engen Voraussetzungen von "donees" und "creditors" führte dazu, daß als neues Kriterium "intent" immer mehr Berücksichtigung fand.

bb) "intent-test"

Die Verlagerung des Schwerpunktes bei der Bestimmung des ersatzberechtigten Personenkreises von einer Einteilung in fixierte Klassen mit jeweils konkret vorgegebenen Sachverhalten hin zu anderen Kriterien ist allerdings nicht plötzlich erfolgt. Obwohl die Anspruchsberechtigung dritter Personen angesichts der stärker berücksichtigten Interessenkonflikte sowie wegen der immer komplexer werdenden - und somit von den "Normalfällen" "gift promise" bzw. "discharge a debt" abweichenden - Fallkonstellationen nicht mehr ausschließlich mit der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Klasse begründet werden konnte, haben die Gerichte lange Zeit "donees" und "creditors" in den Vordergrund gestellt, gleichzeitig jedoch als eigentlichen Maßstab das "agreement" der Vertragsparteien angesehen und "purpose" bzw. "intention" untersucht ¹⁾. Die weitere Entwicklung läßt erkennen, daß mit "donee" bzw. "creditor-beneficiaries" Drittbegünstigte nur allgemein bezeichnet werden (quasi als "Ober"-Begriff); Anhaltspunkte für die Bestimmung anspruchsberechtigter Personen ergeben sich daraus nicht ²⁾.

1) "Intent" und "purpose" sind in vielen älteren Entscheidungen zu finden, u.a. Montgomery v. Spencer, 15 Utah 495, 50 P. 623 (1897); William S. van Clief & Sons v. City of New York, 141 Misc. 216, 252 N.Y. S. 402 (1931); weitere Nachweise in Annot., 77 A.L.R. 21 ff. (1932) und Annot., 81 A.L.R. 1271 ff. (1932).

2) Sehr deutlich geht das aus Horne v. Radiological Health Services P.C., 371 N.Y.S. 2d 948 (Sup. Ct. 1975) hervor, zunächst wird die Definition des "creditor" nach Corbin, Contracts, § 779 C gegeben, zur Bestimmung der "third party" wird "intent" untersucht, "intent is the operative word".

Der Fall Greenless v. Owen Ames Kimball Company ¹⁾
wurde zu einer Zeit entschieden, als überwiegend noch
in "donee"-bzw. "creditor"-Kategorien gedacht wurde.

Der Kläger Greenless hatte Ausstellungs- und
Lagerräume im Erdgeschoß eines Hochhauses ge-
mietet. Zu Reparaturarbeiten in der Eingangs-
halle des Gebäudes beauftragte der Vermieter
die beklagte Firma, die sich vertraglich u.a.
dazu verpflichtete, die Arbeiten mit einem
Minimum an Störung für den täglichen Geschäfts-
betrieb durchführen zu können. Während der Aus-
führung der Reparaturen wurden Gegenstände des
Klägers, die als Auslage dienten, durch Bohr-
staub beschädigt. Ein Schadensersatzanspruch
des Mieters gegen die Firma aus Vertrag wurde
bejaht.

Von dem Gericht wurde es als entscheidend angesehen,
daß durch das vertraglich zugesicherte Minimum an
Störung auch und vor allem die Auslagen des Klägers
geschützt werden sollten, und zwar "directly" und
"intentionally". Diese Schutzpflicht sei nicht einge-
halten worden. "The contract was for the direct protec-
tion of plaintiff tenant." ²⁾ Der Kläger wurde weder
als "donee" noch als "creditor" eingestuft, vielmehr
wurde der Vertrag in seinen gesamten Auswirkungen
untersucht ³⁾.

Anders dagegen in Marlboro Shirt Co. Inc. v. American
Dist.Tel.Co. ⁴⁾

-
- 1) Greenless v. Owen Ames Kimball Company, 340 Mich.
670, 66 N.W. 2d 227 (1954).
 - 2) aaO. 230. Außerdem wurde § 2 der folgenden Statutes
angewandt: Mich.Comp.Laws (1948), § 691. 542,
Stat. Ann. § 26. 1232, der lautete, "A promise shall
be construed to have been made for the benefit
of a person whenever the promissor of said promise
had undertaken to give or to do or to refrain
from doing something directly to or for said person."
 - 3) Ähnlich in Lanite Sales Co., Inc. v. Kleven's Corp.,
205 Misc. 303, 128 N.Y.S. 2d 182 (Sup. Ct. 1954), bei
Ausbesserungsarbeiten war gelagertes Material fahr-
lässig von der beklagten Firma beschädigt worden.
Hier wurde allerdings Schadensersatz gegenüber Mie-
tern schon im Vertragstext erwähnt.
 - 4) Marlboro Shirt Co., Inc. v. American Dist. Tel. Co.,
196 Md. 565, 77 A. 2d 776 (Ct. App. 1951).

Die Klägerin hatte Geschäftsräume in einem Haus gemietet, in dem eine Sprinkleranlage installiert war. Der Vermieter schloß mit der Beklagten einen Vertrag über die Anbringung eines zentralen Frühwarnsystems für ein eventuelles Leck in der Anlage. Das eingebaute System funktionierte jedoch nicht, so daß Lagerbestand und Einrichtung der Klägerin durch plötzlich austretendes Wasser stark beschädigt wurden. Ein vertraglicher Schadensersatzanspruch der Mieterin gegen die beklagte Firma wurde abgelehnt.

Als Begründung wurde angeführt, daß der Vertrag nicht geschlossen worden sei, "for the purpose of benefiting the appellant". Zwar sei eine Klagemöglichkeit Dritter grundsätzlich anerkannt; es müsse aber eindeutig aus dem Vertrag hervorgehen, daß eine Drittbegünstigung "intended" sei, "It must clearly appear that the parties intended to recognize him as the primary party in interest and as privy of the promise"¹⁾.

Abgesehen von den formelhaften Aussagen dazu, daß die Klägerin weder "creditor" noch "donee" sei, wird zugestanden, daß eine "third party" nicht ausdrücklich benannt zu sein brauche, die Gesamtumstände müßten allerdings eine eindeutige Identifizierung des Begünstigten ermöglichen. Eine Subsumtion fehlt jedoch völlig, so daß es für die Entscheidung als einzig maßgeblich erscheint, daß die Klägerin nicht explizit in dem Vertragstext bezeichnet worden ist.

In dem berühmten Fall Lucas v. Hamm ²⁾ ging es um folgenden Sachverhalt:

-
- 1) Marlboro Shirt Co., Inc. v. American Dist. Tel. Co., 196 Md. 565, 77 A. 2d 776, 777 (Ct.App. 1951).
 - 2) Lucas v. Hamm, 56 Cal. 2d 583, 364 P. 2d 685, 15 Cal. Rptr. 821, cert. den. 368 U.S. 987, 7 L.Ed. 2d 525, 82 S.Ct. 603 (1961); dazu Annot., 45 A.L.R. 3d 1181, 1190 (1972).

Ein Erblasser beauftrage seinen Rechtsanwalt und Notar mit der Errichtung eines Testaments, u.a. zugunsten bestimmter Vermächtnisnehmer. Dem Anwalt unterliefen jedoch einige Fehler, so daß das Testament gerade bzgl. seiner Auswirkungen auf die Begünstigten gesetzeswidrig wurde.

Es wurde herausgestellt, daß derart Geschädigten grundsätzlich ein vertraglicher Schadensersatzanspruch gegen einen Anwalt entsprechend der "third party beneficiary theory" zukommen könne ¹⁾. Immerhin habe hier der Erblasser nicht nur vage und entfernt, sondern eindeutig seinen "intent" und "purpose" gezeigt, als er die "legatees" einsetzen ließ. Dem Anwalt mußte diese Tatsache bekannt, zumindest erkennbar gewesen sein. Wichtig erscheint auch die Feststellung, daß bei einem "third party beneficiary contract" üblicherweise die "performance" direkt dem Begünstigten gegenüber zu erbringen sei, von der Notwendigkeit dieser Tatsache könne hingegen nicht gesprochen werden ²⁾.

Betrachtet man demnach den Normalfall des "third party beneficiary contract", in dem die dritte Person entsprechend einer eindeutigen Vertragsabsprache einen Anspruch auf die Hauptleistung erhalten soll, so fehlt häufig eine ausführliche Untersuchung von "intent" oder anderen "tests". Anders in den Entscheidungen, in denen es um Schadensersatzansprüche geht - wie in den drei soeben dargestellten Sachverhalten. Dann steht der "intent to benefit test" ³⁾ - zumindest verbal -

- 1) Dem Anspruchsbegehren der "legatees" konnte hier aus anderen Gründen nicht stattgegeben werden.
- 2) Ähnlich wie Lucas v. Hamm auch die zu Beginn angeführte Entscheidung Woodfork v. Sanders, 248 So. 2d 419 (La.App. 1971), writ.den. 259 La.759, 252 So. 2d 455 (1971). Vgl. oben S.70.
- 3) Unter "benefit" ist nicht nur die vertragliche Hauptleistung zu verstehen, auf die der Dritte einen Anspruch haben soll; auch die "günstige" Möglichkeit der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches bzw. die insoweit verbesserte Rechtsstellung des Dritten ist damit gemeint.

im Vordergrund, nicht zuletzt als "Rechtfertigung" dafür, daß auch bei diesen Fallkonstellationen eine Anspruchsberechtigung Dritter nach den allgemeinen Grundsätzen in Betracht kommt.

Nur in wenigen Fällen kann allerdings von einem wirklichen "test" gesprochen werden. Vor allem ein genaues Eingehen auf den vieldeutigen Begriff "intent" ¹⁾ unterbleibt. Stattdessen werden bestehende Leitsätze angeführt. So genügt in dem Greenless-Fall der Vertragsabschnitt bzgl. des zugesicherten Minimums an Störung, während in dem Marlboro-Fall "intent" nicht darin gesehen wurde, daß die Firma ein Warnsystem eingebaut hatte, dessen Funktionsfähigkeit bzw. Tauglichkeit eindeutig nur die Mieter betraf. Dem Gericht fehlte offensichtlich ein entsprechender Satz im Vertragstext.

(1) Allgemeine Bedeutung von "intent" im Bereich der
"third party beneficiary rule"

Wenn bisher von einer Übersetzung des Begriffes abgesehen wurde, so deshalb, weil sich ein inhaltlich exakter Ausdruck nur schwer finden läßt. Naheliegend und treffend erscheinen "Absicht", "Wille" oder "Vorsatz", "intent" kann aber ebenso die Bedeutung "(Vertrags-) Inhalt", "Zweck" oder "Anerkennung", "Ziel" etc. zukommen. Es soll infolgedessen weiterhin von "intent" gesprochen werden ²⁾.

1) Ausführlich zu der Bedeutung von "intent" und zur Auslegung vgl. Lüderitz, 309 ff.

2) "Intent" wird im amerikanischen Recht allgemein aufgefaßt als "state of mind or mental attitude with which one act is done", so Webster, 1176; bzw. "Intent in legal sense is purpose to use particular means to effect certain results", so strafrechtlich State v. Logan, 126 S.W. 2d 256, 260 (Mo. 1939).

Begriffliche Unterschiede zeigen sich auch in der amerikanischen Rechtsprechung. Nicht nur, daß als Erfordernis einmal der Vertrag "intended" sein muß und zum anderen Wert auf "intention of the parties" gelegt wird, an Stelle von "intent" wird noch von "contemplated by the parties" oder "recognized" gesprochen ¹⁾. Diese nur terminologischen Abweichungen erweisen sich jedoch nicht als entscheidungserheblich.

Ohne auf die im Anschluß zu behandelnde Frage einzugehen, nach welchen Kriterien "intent" ermittelt wird, erscheinen zunächst die vereinzeltten Stellungnahmen zu ähnlichen Begriffen wie "purpose", "desire" oder "motive" wesentlich, vor allem wegen der oft kumulativen Anwendung und Aufzählung dieser Ausdrücke im Bereich des "intent-tests".

In *Silton v. Kansas City* ²⁾ wurde dem Kläger aus dem Schließfach auf dem Flughafen der Stadt eine wertvolle Münzsammlung gestohlen. Er be ruft sich auf einen Vertrag zwischen der Stadt Kansas City und dem Schließfachunternehmen ("party defendant"), in dem diese Firma die Er richtung adäquat gegen gewaltsames Aufbrechen gesicherter Schließfächer versprochen und weiter hin zugesichert hatte, die Stadt von sämtlichen Ansprüchen und Klagen freizustellen, die u.a. durch Verlust oder Beschädigung von verschlossenen Gegenständen entstehen könnten. Ein Anspruch des Klägers als "third party beneficiary" gegen die Gesellschaft wurde abgelehnt.

Die Absprache wurde angesehen als Schutzklausel zugunsten der Stadt, "It is a simple indemnity agreement between the parties and does not confer a right to sue on a third party plaintiff" ³⁾. Doch abgesehen von dieser Begründung wurden in der Entscheidung "purpose"

1) Vgl. u.a. *United States v. Jacobs*, 304 F.Supp. 613 (S.D.N.Y. 1969); *Chitlik v. Allstate Ins.Co.*, 34 Ohio App. 2d 193, 299 (N.E. 2d 295 (1973)).

2) *Silton v. Kansas City*, 446 S.W. 2d 129 (Mo. 1969).

3) *Silton v. Kansas City*, 446 S.W. 2d 129, 132 (Mo. 1969).

und "intent" der Parteien ohne Unterscheidung genannt bzw. untersucht.¹⁾

Eine ähnliche Gleichstellung - nun jedoch von "nature and purpose of the contract" - erfolgte in *Flinkote Company v. Brewer Co. of Florida*²⁾, "intent" wurde nicht einmal erwähnt³⁾. Wenn auch eine Abgrenzung der einzelnen Begriffe voneinander fehlt, so ist die überwiegend objektive Betrachtungsweise bemerkenswert.

Noch deutlicher werden objektive und subjektive Auffassungen in den wenigen Entscheidungen, die sich um eine Ordnung oder Rangfolge von "intent, purpose, motive, desire" bemühen. Aus *State of Florida v. Wesley Construction Company*⁴⁾ geht hervor, daß unter "intention" eine mehr objektive Gesamtbetrachtung des Vertrages zu verstehen ist (i.S.v. Vertragsinhalt), gleichzeitig "intent" wie auch "purpose" der Parteien eine Begünstigungstendenz aufzeigen müssen (subjektiv).

Ebenso wird in *Hamill v. Maryland Cas.Co.*⁵⁾ eine Verbindung zwischen "intent" und "purpose" gezogen, gleichzeitig erfolgt aber eine Abgrenzung zu "motive", "Intent in its legal sense is quite distinct from motive. It is defined as the purpose to use particular means to effect a certain result. Motive is the reason which leads the mind to desire that result"⁶⁾.

1) Vgl. bzgl. dieser Aussage auch *Mowrer v. Poirier & Mc Lane Corp.*, 382 Pa. 2, 114 A. 2d 88 (1955).

2) *Flinkote Company v. Brewer Co. of Florida*, 221 So. 2d 784 (Dist.Ct.App.Fla. 1969).

3) In dem älteren Fall *Di Camillo v. Westinghouse Electric Corp.* 122 So. 2d 499 (Dist.Ct.App.Fla. 1960) wird von dem gleichen Gericht eine Verbindung von "nature of the terms of the contract" und "intention" gezogen.

4) *State of Florida v. Wesley Construction Company*, 316 F.Supp. 490 (S.D.Fla. 1970).

5) *Hamill v. Maryland Cas.Co.*, 209 F. 2d 338 (10th Cir. 1954).

6) *Hamill v. Maryland Cas.Co.*, 209 F. 2d 338, 341 (10th Cir. 1954).

Schon in älteren Entscheidungen ist diese Differenzierung zu finden ¹⁾, der sich nun u.a. auch Mc Kinney v. Davis ²⁾ anschließt, jedoch mit dem Hinweis, daß von "motive" durchaus wichtige Anhaltspunkte für eine Beurteilung von "intent" ausgehen können. "Purpose, motive" und "desire" sind insoweit nicht synonym mit "intent". Ob man daraus den Schluß ziehen kann, daß diese Kriterien im Bereich des "tests" nebensächlich sind ³⁾ erscheint fraglich.

Vielmehr soll zusammenfassend festgestellt werden, daß trotz der teilweise verwirrenden und unsystematischen Anwendung der einzelnen Begriffe unter "intention to benefit" ⁴⁾ einmal die umfassende Würdigung des Vertragsinhaltes bzgl. der Drittberechtigung (objektiv) zu verstehen ist, "intent" aber gleichzeitig - nun im Zusammenhang mit "purpose, motive, desire" - bei der Beurteilung des Parteiwillens (subjektiv) eine Bedeutung zukommt ⁵⁾.

-
- 1) Vgl. James Stewart & Company v. Law, 233 S.W. 2d 558 (Tex. 1950); United Fidelity Life Insurance Co. v. Adair, 29 S.W. 2d 940 (Tex.Civ.App. 1928); vgl. auch Annot., 81 A.L.R. 1271, 1288 (1932) m.w.N.
 - 2) Mc Kinney v. Davis, 84 N.M. 352, 503 P. 2d 332 (1972). "Were are concerned with intent rather than motive except to the extent that the latter may furnish clues as to the proper construction of the former" (334).
 - 3) Vgl. Annot., 81 A.L.R. 1271, 1287 f. (1932); zustimmend u.a. Vikingstad v. Bagott, 282 P. 2d 824 (Wash. 1955).
 - 4) In manchen Entscheidungen findet man stattdessen "intent to create a right in the third party". Diese Voraussetzung war geeignet vertragliche Ansprüche Dritter abzulehnen, da in den seltensten Fällen schon bei Vertragsabschluß einem Dritten ein Recht "geschaffen" werden soll - besonders nicht in bezug auf Schadensersatzansprüche. Nicht beachtet wird dabei, daß Rechte dritter Personen bzw. Pflichten ihnen gegenüber durch den Vertrag selbst bzw. während seiner Abwicklung entstehen können; vgl. zum ganzen auch Corbin, Contracts, § 777.
 - 5) Vgl. ausführlich zu diesem Fragenkreis noch Colonial Discount Co. v. Avon Motors, 137 Conn. 196, 75 A. 2d 507 (1950); Byram Lumber & Supply Co. v. Page, 109 Conn. 256, 146 A. 293 (1929).

(2) "intent" - Konzeption

Von vorwiegender Bedeutung ist die Frage, auf Grund welcher Anhaltspunkte "intent" ermittelt wird, da die dabei sich ergebenden Kriterien gleichzeitig Maßstab für die Drittbestimmung sind. Die zuvor bei der allgemeinen Beurteilung des Begriffes aufgetretenen Mehrdeutigkeiten wirken sich in diesem Rahmen besonders aus, denn bei der Beantwortung der soeben gestellten Frage werden objektive und subjektive Momente von den Gerichten ständig vermengt. Es soll dennoch versucht werden, die verschiedenen Lösungsvorschläge in eine gewisse Systematik zu bringen. Die sich in der Rechtsprechung und in der modernen Lehre zum Vertragsrecht langsam durchsetzende Tendenz einer objektiven Betrachtung des Vertragsinhaltes mag dabei behilflich sein.

(a) Objektive und subjektive Kriterien

Schon in älteren Fällen wie *Pennsylvania Cement Co. v. Bradley Contracting Co.*¹⁾ wurden für die Bestimmung von "intent" und der Anspruchsberechtigung Dritter hauptsächlich Vertragstext und -inhalt untersucht.

Der Kläger war Eigentümer eines Hauses, das bei Ausschachtungsarbeiten während des U-Bahn Baues in New York beschädigt wurde. Die Baufirma hatte sich u.a. gegenüber der Stadt bei Personen- oder Eigentumsverletzung von Anliegern zum Ersatz verpflichtet. Ein vertraglicher Anspruch des Klägers wurde grundsätzlich für möglich gehalten, aus anderen Gründen jedoch abgelehnt²⁾.

1) *Pennsylvania Cement Co. v. Bradley Contracting Co.*, 7 F. 2d 822 (2d Cir. 1925).

2) Vgl. den nahezu identischen Fall *Schnaier v. Bradley Constructing Co.*, 181 App.Div. 538, 169 N.Y.S. 88 (1918), in dem ein Schadensersatzanspruch zugebilligt wurde. Die Klauseln des Vertrages waren auch hier dahingehend geprüft worden, ob sie den Dritten zu einer Klage ex contractu gegen die Baufirma berechtigten. Begründet wurde der Anspruch jedoch letztlich mit einer konstruierten "privity" zwischen Baufirma, Stadt und Geschädigtem.

"Intention" is to be ascertained from examining the whole contract and not detached portions of it", wurde als Leitsatz herausgestellt. Dem ganzen Vertrag müsse - unter Berücksichtigung des angesprochenen Abschnitts - entnommen werden, daß sich die Firma evtl. Geschädigten unmittelbar vertraglich verpflichtet habe.

Ähnlich ist die Argumentation in dem dritten Ausgangsfall, Lucas v. Hamm ¹⁾. Der Vertrag zwischen Erblasser und Anwalt zwecks Errichtung eines Testaments habe nicht nur diesen "eher technischen Vorgang" zum Inhalt, sondern auch die zukünftige Übertragung des Nachlasses an bestimmte benannte Personen und sei insoweit als "Einheit" zu sehen. Es handelt sich um einen der wenigen Fälle, in denen zunächst allgemeine Überlegungen zu einem Vertragstyp erfolgen, die dann auf den konkreten Sachverhalt angewandt werden.

Bei dieser (objektiven) Betrachtungsweise waren die anspruchsberechtigten Dritten genau bezeichnet, im Gegensatz zu dem zweiten Ausgangsfall Marlboro Shirt Co. v. American Dist.Tel.Co., ²⁾. Man vermißte hier bekanntlich eine im Vertragstext enthaltene Klausel, in der die Mieter im Zusammenhang mit dem Einbau der Sprinkleranlage konkret als geschützter Personenkreis bezeichnet wurden. Man stellte weniger den Inhalt des Vertrages in den Vordergrund als vielmehr die "words in the document".

In vielen Entscheidungen konnten auf Grund dieser sehr engen "Auslegung" des jeweiligen Vertrages Ansprüche Dritter abgewiesen werden. So wurde u.a. ver-

1) Vgl. Lucas v. Hamm, 56 Cal. 2d 583, 364 P. 2d 685, 15 Cal.Rptr. 821 (1961).

2) Vgl. Marlboro Shirt Co. v. American Dist. Tel. Co., 196 Md. 565, 77 A. 2d 776 (Ct.App. 1951).

langt, daß das Recht des Dritten aus "express provisions" ersichtlich sein müsse ¹⁾, oder daß "provisions for the benefit of third parties (must) be in writing"²⁾, man stellte "absence of language clearly expressing ..." fest ³⁾ oder forderte, daß Dritte "explicitly stated" sein müßten ⁴⁾.

Dritte als mögliche Geschädigte werden in Vertragstexten kaum angegeben oder benannt werden können, so daß insbesondere Schadensersatzansprüche Dritter bei den sich an den genauen Wortlaut des Vertrages klammernden Ansichten nur schwerlich durchzusetzen sind.

-
- 1) Vgl. *Gallagher v. Continental Insurance Co.*, 502 F. 2d 827 (10th Cir. 1974), Man sagte ausdrücklich "contract does not name plaintiffs". Der Staat Colorado und eine Baufirma hatten einen Vertrag über ein Tunnelbauprojekt geschlossen, dazu einen weiteren Vertrag mit der beklagten Versicherungsgesellschaft als "performance bond". Die Kläger beanspruchten als Steuerzahler vergeblich die vom Staat und nicht von der Versicherung gezahlten Mehraufwendungen, die im Verhältnis zum Kostenvoranschlag angefallen waren.
 - 2) Vgl. *Hertz Equip.Rent Corp. v. Homer Knost Const. Co., Inc.*, 273 So. 2d 685 (La.App. 1973) dazu noch "contract must clearly express intention"; ähnlich *Shutes v. Cheney*, 266 P. 2d 902 (Cal.Dist.Ct.App. 1954) "clearly manifested, expressly made."
 - 3) Vgl. *Hargroder v. Columbia Gulf Transmission Company*, 278 So. 2d 864 (La.App. 1973).
 - 4) Vgl. *Horne v. Radiological Health Services P.C.*, 371 N.Y.S. 2d 948 (Sup.Ct. 1975). Da es an dieser Voraussetzung fehlte wurde gefolgert, "The agreement contains no language expressive of a clear intent". Vgl. dazu auch *Morgan v. Ebco Mach.Corp.*, 239 App. Div.346, 267 N.Y.S. 369 (1933); ähnlich *O'Boyle v. DuBose - Killeen Properties, Inc.*, 430 S.W. 2d 273 (Tex.Civ.App. 1968), "language as used in instrument (agreement) itself."

In anderen Fällen wird deshalb mehr Wert gelegt auf die "terms of contract" und die "language" im Sinne einer sprachlichen Deutung. Dritte brauchen nicht mehr expressis verbis genannt zu werden, es muß der schriftlich niedergelegten Absprache jedoch noch immer direkt zu entnehmen sein, daß eine einklagbare Verpflichtung des "promissors" gegenüber einer "third party" besteht ¹⁾.

Auch diese Art der Ermittlung von "intent" wird von der überwiegenden Anzahl der Entscheidungen als zu eng oder zu starr angesehen. Zwar versuche man - so heißt es - den jeweiligen Vertragsinhalt oder "construction of the contract" primär objektiv zu bestimmen ²⁾, den Gesamtumständen und auch subjektiven Merkmalen könne aber ebenso Bedeutung zukommen.

In *Golias v. Wilson* ³⁾ war Wilson bei dem Beklagten Peerless als Maschinist angestellt und verletzte sich während der Arbeit. Der Werksarzt behandelte ihn und schickte ihn in den Betrieb zurück mit der Bemerkung, er könne, wenn er wolle, später noch zum Röntgen kommen. Nach Dienstschluß fuhr Wilson zum Arzt und verletzte bei einem Verkehrsunfall den Kläger Golias, der einen gegen den Peerless auf Schadensersatz aus den "Workmen Compensation Statutes"

-
- 1) Vgl. u.a. *Mitsui & Co. (USA) v. Toko Kaiun*. *Kabushiki Kaisha*, 342 F.Supp. 14 (S.D.Tex. 1972); in *Hylte Bruks Aktiebolag v. Babcock & Wilcox Co.*, 399 F. 2d 289 (2d Cir. 1968) spricht man zwar schon von "circumstances", jedoch werden bei der Prüfung von "intent" ausschließlich die "terms of the contract" und ihre sprachliche Deutung berücksichtigt.
 - 2) Vgl. *Stephens v. Great Southern Savings & Loan Ass'n*, 421 S.W. 2d 332 (Ct.App.Mo. 1967), beachtenswert die Feststellung, daß weniger ein "intent to benefit" gefunden werden, sondern vielmehr eine direkte Verpflichtung des "promissors" gegenüber einem Dritten erkennbar sein müsse. Vgl. auch *Cox v. Fremont County Public Building Authority*, 415 F. 2d 282 (10th Cir. 1969), erst Suche nach "express provisions or some equivalent terms showing such an obligation", ansonsten "agreement and circumstances".
 - 3) *Golias v. Wilson*, 31 Conn.Sup. 332, 330 A. 2d 96 (1974).

im Rahmen des bestehenden Arbeitsvertrages klagte, da diese Vorschriften Arbeitgeber und Arbeitnehmer gegenseitige vertragliche Pflichten auferlegten, u.a. daß der Arbeitgeber dafür zu sorgen habe, daß sein Arbeitnehmer nach einer Verletzung sich sorgfältig behandeln läßt wie auch die Pflicht des Wilson, sich durch eine vorsorgliche Untersuchung arbeitsfähig zu halten. Ein daraus abgeleiteter Schadensersatzanspruch wurde abgelehnt.

Zunächst untersuchte man, ob aus den Statutes im Zusammenhang mit dem Vertrag ersichtlich ist, daß eine "direct obligation" gegenüber dem Geschädigten entstehen sollte. Mangels näherer Anhaltspunkte erfolgte im weiteren Verlauf eine Prüfung von Sinn und Zweck des Vertrages sowie der Gesamtumstände; dabei wurden "motives" und "purposes" der Parteien berücksichtigt. Bei dem vorliegenden Sachverhalt konnte eine Drittwirkung jedoch nicht festgestellt werden, auch nicht aus den "Workmen Compensation Laws", die die Rechtstellung der Arbeitnehmer begünstigen sollen.

Ist "intent" - nicht synonym mit "motives" oder "purposes" - unmittelbar aus dem Vertrag nicht ersichtlich, so wird der Inhalt des "agreements" zu bestimmen versucht "from the terms of the contract read in the light of circumstances attending its making, including motives and purpose of parties" ¹⁾. Nicht zu unter-

1) Colonial Discount Co. v. Avon Motors, Inc., 137 Conn. 196, 75 A. 2d 507, 509 (1950); vgl. weiterhin Knapp v. New Haven Road Constr. Co., 189 A. 2d 386 (Conn. 1963); Acme Brick Co. v. Hamilton, 238 S.W. 2d 658 (Ark. 1951) "facts and circumstances show clearly"; ähnlich Accoustics, Inc. v. Hanover Insurance Co. 118 N.J. Super. 361, 287 A. 2d 482 (1971); Quirke v. Chessie Corp., 368 F.Supp. 558 (S.D.N.Y. 1974), "agreement was, in the absence of terms ..., something more than a mere agreement to agree"; C.H. Leavell & Company v. Glantz Contracting Corp. of LA., Inc., 322 F.Supp. 779 (E.D.La. 1971); "The object of establishing ... need not be express but may be implied from the consideration of the whole contract, considered in the light of the surrounding circumstances." Ebenda auch der Hinweis auf Smith, 11 Tul.L.Rev. 18 ff. (1936); schließlich Newin Corp. v. Hartford Acc. & Indemn. Co., 37 N.Y. 2d 211, 371 N.Y.S. 2d 844 (1975).

schätzen ist dabei die Gefahr, daß die Gerichte einen Vertrag gegen den tatsächlichen Parteiwillen ausdehnen oder einschränken, um eine nach ihrer Ansicht interessengerechte Lösung zu erhalten ¹⁾.

Zur Verdeutlichung der Anwendung und des Verhältnisses von objektiven und subjektiven Maßstäben noch der Fall *Talucci v. Archambault* ²⁾.

Der Kläger war Angestellter einer Versicherungsgesellschaft. Diese schloß mit zwei verschiedenen Unternehmen Verträge ab zur Schnee- und Eisräumung vor dem Versicherungsgebäude. Bei einem Sturz auf dem eisglatten Gehsteig vor dem Eingang verletzte sich der Kläger. Neben einem deliktischen wurde auch ein vertraglicher Anspruch grundsätzlich zugebilligt.

Die Vorinstanz hatte bei der Frage, ob der Kläger ein "intended beneficiary" sei, lediglich darauf abgestellt, daß es Motiv und Zweck der Versicherungsgesellschaft ("promisee") gewesen sei, sich selbst vor möglichen Schadensersatzklagen zu schützen und hatte eine Begünstigungsabsicht verneint. Mangels einer mehr objektiven Betrachtungsweise wurden evidente und dem Kläger günstige Tatsachen übersehen. Es war zunächst in Erwägung zu ziehen, ob nicht die Beklagte durch den Vertrag einen Teil der Pflichten übernommen hatte, die die Versicherungsgesellschaft ihren Angestellten schuldete, nämlich die Bereitstellung eines relativ sicheren Arbeitsplatzes. Nach dem Sach-

1) Vgl. *Fontenot v. Marquette Casualty Co.*, 258 La. 671, 247 So. 2d 572 (1971) mit dem Hinweis, "Nor may courts construe contracts contrary to the intent of the parties to effectuate a determination of what it believes to be in the public interest when the contractual intent of the parties is permitted by the law."

2) *Talucci v. Archambault*, 20 Mich.App. 153, 173 N.W. 2d 740 (1969).

verhalt war dies zu bejahen und Bemerkungen über das eigentliche Motiv des Versprechensempfängers waren überflüssig. Eine Anspruchsberechtigung bzw. Bestimmung der "third party beneficiary" nach rein subjektiven Kriterien ("intent" nur als "mental state") und ein Eingehen auf den tatsächlichen Willen der Parteien wird nach Möglichkeit vermieden.

Abschließend sei noch auf die Streitfrage hingewiesen, wessen "intent" bei der Beurteilung maßgeblich ist. Nur vereinzelt wird vertreten, daß "intent" auf Seiten des "promissors" zu untersuchen ist ¹⁾, da von ihm die eigentliche Begünstigung des Dritten zu erfolgen habe. Ähnlich wird die Ansicht begründet, die auf "intent" beider Parteien abstellt ²⁾. Nur bei "intent" auf beiden Seiten sei gewährleistet, daß die Parteien den Vertrag nicht für sich selbst abgeschlossen haben ³⁾.

Nach ganz überwiegender Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum ⁴⁾ soll jedoch "intention of the promisee" als Maßstab dienen. Da es zumeist um Erfüllung der

-
- 1) So *Merco Manufacturing, Inc. v. J.P. Mc Michael Const. Co.*, 372 F.Supp. 967 (W.D.La. 1974); *Fruitvale Canning Co. v. Cotton*, 115 Cal.App. 2d 622, 252 P. 2d 953 (1953).
 - 2) Vgl. *Austin v. Seligman*, 18 F. 519 (S.D.N.Y. 1883); *O'Boyle v. DuBose-Killeen Properties, Inc.*, 430 S.W. 2d 273 (Tex.Civ.App. 1968).
 - 3) Vgl. *Calame v. Prudential Insurance Company of America*, 423 S.W. 2d 940 (Tex.Civ.App. 1968).
 - 4) Vgl. statt vieler *Johnson's Farm Equipment Co. v. Cook*, 230 F. 2d 119 (8th Cir. 1956); *Williams v. Paxson Coal Co.*, 346 Pa. 468, 31 A. 2d 69 (1943); *Mc Culloch v. Canadian Pac.Ry.Co.*, 53 F.Supp. 534 (D.Minn. 1943); *Calamari & Perillo, Contracts*, § 244 b (380); *Corbin, Contracts*, § 776; *Williston, Contracts*, § 356 A (839); *Simpson, Contracts*, Sec. 117 (247); *Murray, Contracts*, § 279 (568 f.); *Schaber, Rohwer* § 139 (126 f.).

Hauptleistungspflicht geht, beruft man sich darauf, daß schließlich der "promisee" eine Gegenleistung für das Versprechen erbracht habe und es deshalb auch konkretisieren und ausfüllen können müsse.

(b) Einschränkungen und Ausdehnungen des "intent tests"

Trotz vollkommener Übereinstimmung mit der "intent" - Konzeption werden von vielen Gerichten noch zusätzliche Voraussetzungen aufgestellt, um den Kreis von anspruchsberechtigten Dritten möglichst zu begrenzen.

Zwar verlangen einige ältere Entscheidungen weiterhin "privity" bzw. "consideration", nicht jedoch in dem zuvor ¹⁾ erläuterten Sinn zwischen "promissor" und "third party" sondern nun in dem Verhältnis von "promisee" und "third party" ²⁾. Dieses Erfordernis führte zu gekünstelten Konstruktionen und Theorien und wird in dieser strikten Form inzwischen nicht mehr vertreten, wenn auch Relikte in manchen neueren Entscheidungen zu finden sind, wie z.B. das Verlangen, daß der Dritte "real promisee" sein müsse und "primary party in interest and privy to the promise" ³⁾.

Während man sich zum einen auf die "gesetzliche Vermutung" für einen Vertragsabschluß von nur zwei Parteien (Relativität des Schuldverhältnisses) beruft, die nur durch eine eindeutig Drittwirkung zeigende, klar formu-

1) Vgl. oben S. 95 ff.

2) Zumindest müsse eine Pflicht des "promisee" gegenüber dem Dritten zu erkennen sein, vgl. Kramer v. Gardner, 104 Minn. 370, 116 N.W. 925 (1908); St. Louis v. H.G. Wright Contracting Co., 202 Mo. 451, 101 S.W. 6 (1907); Seaver v. Ransom, 224 N.Y. 233, 120 N.E. 639 (1918).

3) Vgl. Basurto v. Utah Construction & Mining Co., 15 Ariz.App. 35, 485 P. 2d 859 (1971).

lierte Klausel im Vertrag zu widerlegen sei ¹⁾, wird zum anderen vielfach gefordert, "that the contract was made and entered into directly or primarily for the benefit of such a person" ²⁾. Dazu folgender Sachverhalt:

Auf dem Nachbargrundstück des Klägers wurden Ausschachtungsarbeiten vorgenommen. Der Eigentümer dieses Grundstückes hatte dazu einen Vertrag mit der beklagten Firma abgeschlossen, die sich darin u.a. zu Schutz von Nachbareigentum und evtl. Schadensersatz verpflichtete. Sprengungen und Grabarbeiten beschädigten Eigentum des Klägers und ein Anspruch aus Vertrag wurde gewährt ³⁾.

Man glaubte mit der Notwendigkeit eines "intended direct benefit" die "third party beneficiary rule" auf die Fälle beschränken zu können, bei denen es ausschließlich um die Erbringung der vertraglichen Leistung an den Dritten und nicht an den Versprechensempfänger geht, denn in allen anderen Konstellationen solle nur ein "incidental" bzw. "indirect benefit" vorliegen.

Die Entscheidung zeigt jedoch als eines von vielen Beispielen, daß "direct" inzwischen anders aufgefaßt wird. Der den Schadensersatz betreffende Vertragsabschnitt sei hier aufgenommen worden, um eine bestimmte Personengruppe, zu der auch der Kläger gehöre, "direct" zu begünstigen. Die Rechtsstellung des Dritten erbege

1) Vgl. Republic National Bank of Dallas v. National Bankers Life Insurance Co., 421 S.W. 2d 76 (Tex. Civ.App. 1968); Ingram Freezers v. Atchinson T. & S.F.Ry.Co., 464 S.W. 2d 915 (Tex.Civ.App. 1971); Ronnau v. Caravan International Corp., 205 Kan. 154, 468 P. 2d 118 (1970).

2) Christnacht v. Dept. of I.L.&H.R. 228 N.W. 2d 690 (Wis. 1975); Peters v. Peters Auto Sales, Inc., 37 Wis. 2d 346, 155 N.W. 2d 85 (1967), "allegation for the promise to be benefited"; Martinez v. Phillips Petroleum Company, 283 F.Supp. 514 (D.Idaho 1968); United States Pipe & Foundry Co. v. United States Fidelity and Guaranty Co., 505 F. 2d 88 (5th Cir. 1974).

3) Vance v. Yonkers Contracting Co., Inc., 280 App.Div. 839, 113 N.Y.S. 2d 733 (1952).

sich deshalb "direct" aus dem Vertrag ¹⁾.

Damit werden auch "benefits" der nicht am Vertrag beteiligten, aber konkret geschützten Personen erfaßt. Das zusätzliche Kriterium "direct benefit" erweist sich insoweit nur als terminologische Variante im Rahmen des "intent tests".

Ähnliches gilt für die Forderung, daß der Dritte "primary party in interest" oder "primarily benefited" sein muß ²⁾. Zwar wurde der Anspruch eines Mieters gegen ein Elektrizitätswerk auf Schadensersatz für eine Körperverletzung abgelehnt, die der Kläger während eines Stromausfalls erlitten hatte ³⁾. Dem Stromlieferungsvertrag zwischen dem Hauseigentümer und dem E-Werk, auf den sich der Kläger berief, konnte man angeblich eine Ersatzpflicht gegenüber dem Mieter "primary and immediate" nicht entnehmen. Es wurde aber nicht verlangt, daß die jeweiligen "third party beneficiaries" Alleinbegünstigte sind.

Wird schließlich von einem "sole" oder "exclusive benefit" gesprochen, so muß sich auch bei dieser Voraussetzung - entgegen einigen älteren Entscheidungen - ⁴⁾ das Versprechen nicht ausschließlich zugunsten der

-
- 1) Vgl. auch Schroeder v. Fageol Motors, Inc., 528 P. 2d 992 (Ct.App.Wash. 1974), "critical question is whether the benefits flow directly from the contract"; Johns Manville Sales Corp. v. Reliance Insurance Co., 410 F. 2d 277 (9th Cir. 1969).
 - 2) Vgl. Employer M.L.I.Co.Wisc. v. Robert E.Mc Kee G.C., Inc., 16 Ariz. App. 77, 491 P. 2d 27 (1971).
 - 3) Vgl. Shubitz v. Consolidated Edison Co. of New York, 59 Misc. 2d 732, 301 N.Y.S. 2d 926 (Sup.Ct. 1969).
 - 4) Vgl. Hamilton v. Wheeling Pub.Serv.Co., 88 W.Va. 573, 107 S.E. 401 (1921).

"third party" auswirken ¹⁾.

Das wird anhand der nicht unumstrittenen Entscheidung Levy v. Daniels' U-Drive Auto Renting Co. ²⁾ deutlich:

S schloß mit der Beklagten einen Wagenmietvertrag, der unter Conn. Public Acts 1925, 195, § 21 fiel. Danach ist bei der Vermietung eines Kfz der Vermieter für jeden Personen- oder Sachschaden verantwortlich. Der Kläger wurde als Insasse bei einem Unfall verletzt und klagte berechtigterweise auf Entschädigung.

Nicht die angeführte Vorschrift habe zu einer Haftung der Beklagten geführt, sondern der auf freiem Willen beruhende Vertragsschluß mit S. Der Schadensersatzanspruch wurde gewährt, da der Kläger bzgl. der Körperverletzung als "direct, sole and exclusive" Begünstigter anzusehen sei. Als "performance" wurde gleichzeitig die Wagenmiete dem S gegenüber geschuldet ³⁾.

Wie zuvor bei den anderen Einschränkungsversuchen ergibt sich somit auch hier kein wesentlicher Unterschied zu der "intent"-Konzeption.

-
- 1) Vgl. Hartmann Ranch Co. v. Associated Oil Co., 10 Cal. 2d 232, 73 P. 2d 1163 (1937); Dorsid Trading Co. v. S.S.Fletero, 342 F.Supp. 1 (S.D.Tex. 1972). Zusätzlich wird allerdings häufig genannt, daß der Kläger einer durch das "agreement" bestimmten, begrenzten Klasse anzugehören habe, u.a. Bush v. Upper Valley Telecable Co., 96 Idaho 83, 524 P. 2d 1055 (1973); Giarratano v. Weitz Co., 147 N.W. 2d 824 (Iowa 1967).
 - 2) Levy v. Daniels' U-Drive Auto Renting Co., 143 A. 163 (Conn. 1928), dazu Note, 77 U.Pa.L.Rev. 410 ff. (1929); Note, 2 So.Cal.L.Rev. 304 ff. (1929); Note, 27 Mich.L.Rev. 462 ff. (1929); Note, 42 Harv.L.Rev. 433 ff. (1929); Note 29 Col.L.Rev. 210 ff. (1929). Die Entscheidung ist deshalb besonders interessant, weil sich der Unfall in Massachusetts ereignete und dort die "third party beneficiary theory" grundsätzlich nicht anerkannt wird, vgl. oben S. 100.
 - 3) Zum Verhältnis von "direct" und "sole" vgl. Avco Delta Corporation Canada Ltd. v. United States, 484 F. 2d 692 (7th Cir. 1973).

Besonderes Interesse muß die in manchen Entscheidungen zum Ausdruck kommende liberale Haltung bzgl. der Bestimmung anspruchsberechtigter Personen finden. Es soll genügen, daß der Dritte ein finanzielles, gesetzliches oder billig und gerechtes Interesse an der ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages hat ¹⁾, daß die Geltendmachung eines Anspruchs durch ihn dem "basic purpose" der Absprache entspricht ²⁾ oder sogar, daß "any beneficial interest" erkennbar wird ³⁾. Damit tritt das Integritätsinteresse des Dritten in den Vordergrund der Bewertung.

Trotz dieser Bemühungen um andere Gesichtspunkte bei der Beurteilung von "third party beneficiaries" kann nicht von neuen "tests" gesprochen werden. Der grundsätzlich anerkannte "intent test" wird durch verschiedene Formulierungen lediglich modifiziert, um ein im Einzelfall gewünschtes Ergebnis zu erhalten.

(c) Restatement (2d) of Contracts

Die durch das erste Restatement erfolgte Klassifizierung und Zuordnung von "third parties" ausschließlich in "donee"- bzw. "creditor beneficiaries" ⁴⁾ wurde von den Bearbeitern des Restatement (2d) of Contracts vermieden ⁵⁾. Der allgemeinen Entwicklung folgend werden stattdessen "intended" bzw. "incidental" als Maßstab genannt und in § 133 definiert:

1) Vgl. Chesapeake & O.Ry. v. Wadsworth Elec. Mfg.Co., 234 Ky. 645, 29 S.W. 2d 650 (Ct.App. 1930).

2) Vgl. Note, 31 Tex.L.Rev. 210, 211 (1952).

3) Vgl. Merchants Loan & Trust Co. v. Ummach, 228 Ill. App. 67 (1923).

4) Vgl. näher dazu S. 105 und 109.

5) "The terms 'donee' beneficiary and 'creditor' beneficiary carry overtones of obsolete doctrinal difficulties," Restatement (2d) of Contracts, Chap. 6, Introducing Note (284 f.) (1973).

- (1) Unless otherwise agreed between promisor and promisee, a beneficiary of a promise is an intended beneficiary if
 - (a) the performance of the promise will satisfy a duty of the promisee to the beneficiary; or
 - (b) the promisee manifests an intention to give the beneficiary the benefit of the promised performance and recognition of a right to performance in the beneficiary is appropriate to effectuate the intention of the parties.
- (2) An incidental beneficiary is a beneficiary who is not an intended beneficiary.

Die auffällige Ähnlichkeit von Absatz (a) mit den "creditor" und Absatz (b) mit den "donee-beneficiaries" führte zu Kritik an der Fassung des § 133 Restatement (2d) of Contracts ¹⁾. Nur die Kommentierung gibt Aufschluß z.B. darüber, daß dem Dritten nicht notwendigerweise die Hauptleistung geschuldet werden oder ihm durch den Vertrag ein wirtschaftlicher Vorteil erwachsen muß ²⁾.

Wichtiger noch ist die Berücksichtigung möglicher anderer "intended beneficiaries" als den in den Absätzen (a) und (b) genannten sowie die Feststellung, daß bei der Beurteilung von "intended" abzustellen ist, "if the beneficiary would be reasonable in relying on the promise as manifesting an intention to confer a right on him" ³⁾. Bei Zweifeln über eine "reasonable reliance" können demzufolge sogar prozeß-ökonomische und nicht explizit aus der "intention" sich ergebende Faktoren in Betracht gezogen werden.

Das Restatement (2d) of Contracts entspricht somit weitgehend der in der Rechtsprechung überwiegend vertretenen Ansicht, die unmittelbar den Vertrag zwischen

1) Vgl. Note, 54 Va.L.Rev. 1066, 1073 f. (1968).

2) Restatement, Contracts (2d), Chap. 6, § 133 Comment a (1973).

3) Restatement, Contracts (2d), Chap. 6, § 133 Comment d; § 144 Comment a (1973).

"promissor" und "promisee" untersucht. Als Besonderheit wird jedoch die Sicht des Dritten hervorgehoben und damit die Frage, ob dieser sich vernünftigerweise auf den Vertrag berufen kann.

b) Neuere Ansicht im Schrifttum (andere Gesichtspunkte)

Weniger die Fassung des Restatement (2d) of Contracts als vielmehr das "intent"-Konzept selbst steht im Vordergrund der soeben angesprochenen Kritik, die vor allem an der Vieldeutigkeit des Begriffes und der daraus resultierenden Rechtsunsicherheit ansetzt ¹⁾. Den Gerichten sei damit die von ihnen schon vielfach genutzte Möglichkeit eröffnet, vom gewünschten Ergebnis her zu argumentieren und "intent" eine ihnen jeweils geeignet erscheinende Definition zu geben. Darüberhinaus würden spezifische, dem ursprünglichen Prinzip fremde Faktoren als Merkmale des "intent"-Tests berücksichtigt, so daß man von einem generellen Grundsatz kaum sprechen könne. Auf der anderen Seite verhinderten das Aufstellen einer allgemeingültigen Formel und ihre strikte Anwendung zwangsläufig umfassendere Wertungen, die zwingend geboten seien, um eine ausreichend geschützte Rechtsposition des Dritten zu gewährleisten.

Ausgangspunkt sollten die typischen sozialen Beziehungen sein, in die ein Vertrag eingebettet ist ²⁾. Die nur beiläufig in der Kommentierung des Restatement

1) Vgl. schon Note, 57 Col.L.Rev. 406, 408 f. (1957); sonst Note, 54 Va.L.Rev. 1166, 1171 (1968).

2) Vgl. Kessler, Festschrift für E. Wahl, 81 ff. (93).

(2d) of Contracts erwähnte "reliance" des Dritten müsse zum eigentlichen Maßstab werden ¹⁾, und zwar die "justifiable reliance", "industry reliance", "social reliance" oder "reasonable reliance" je nach Anlage des konkreten Einzelfalles ²⁾.

Kritisch ist jedoch anzumerken, daß erneut die Gefahr einer zu starken begrifflichen Fixierung besteht, weshalb sich diese Ansicht gerade gegen das "intent"-Konzept ausgesprochen hatte.

Kessler formuliert deshalb allgemeiner: "An die Stelle des vermutlichen Parteiwillens müssen die legitimen Erwartungen des Dritten aufgrund der gesellschaftlichen Verhältnisse und vertraglichen Institutionen treten. Ebenso müssen Erwägungen der Billigkeit und der Nützlichkeit in Betracht gezogen werden" ³⁾.

Diese Beiträge des Schrifttums sind schon deshalb von erheblicher Bedeutung und von großem Nutzen, weil sie die tatsächliche Problematik der Anspruchsberechtigung Dritter klar offenlegen und die Gerichte zu einer umfassenden Würdigung verschiedener Faktoren aufrufen. Insgesamt erscheint es allerdings fraglich, ob ein "neues" Kriterium "reliance" erforderlich ist, um "social policy"-Gesichtspunkte zur Geltung zu bringen, oder ob diese Gedanken nicht gleichermaßen bei der objektiven Ermittlung von "intent" Beachtung finden können. Darauf wurde schon zuvor hingewiesen ⁴⁾.

1) Abwertend wird gesagt, "two isolated comments do not control the meaning of a whole Restatement", Note, 54 Va.L.Rev. 1166, 1174 Fn. 50 (1968).

2) Vgl. zur Einzelfallentscheidung auch noch Macaulay, 19 Vand.L.Rev. 1051, 1060 (1966).

3) Kessler, Festschrift für E. Wahl, 81 ff. (93).

4) Vgl. oben S. 122 ff.

III. Drittbestimmung im Bereich der "negligence"-Haftung

Die vorrangige Bedeutung und Untersuchung der "duty" und insbesondere der Sorgfaltspflichten im "negligence"-Recht führen nicht zuletzt dazu, daß dem Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte vergleichbare Fallkonstellationen in diesem Bereich recht häufig zu finden sind. Nach der eingangs erörterten ¹⁾ Position der "action for negligence" im amerikanischen Rechtssystem, der dabei auffälligen Tendenz einer Ausweitung der Fahrlässigkeitshaftung und der Nähe zum Vertragsrecht ist nunmehr konkret auf den Haftungsstatbestand "negligence" ²⁾ einzugehen, soweit dies für die Bestimmung anspruchsberechtigter Personenkreise unter Berücksichtigung bestehender Verträge von Interesse ist.

1) Elemente der "negligence"-Klage und ihre jeweilige Bedeutung für die Drittbestimmung

Obwohl unterschiedliche Schwerpunkte bei den allgemeinen Grundsätzen gesetzt werden und trotz unklarer oder fehlender Differenzierung in haftungsbegründenden oder haftungsausfüllenden Tatbestand werden drei bzw. vier Voraussetzungen überwiegend anerkannt. Zunächst muß eine "duty to take care" vorliegen, weiterhin eine Verletzung dieser Pflicht ("breach of duty") sowie eine daraus resultierende Rechtsgutverlet-

1) Siehe S. 85 ff.

2) Auf die begriffliche Mehrdeutigkeit haben u.a. Lürer, 16 f. und Drestler, 13 hingewiesen. "Negligence" kann auch aufgefaßt werden als "state of mind", ebenso wird damit das Erfordernis einer Pflichtverletzung bezeichnet.

zung ¹⁾. Kausalität und "damage" werden zuweilen auch als getrennte Punkte behandelt ²⁾, weniger zur Haftungs begründung als vielmehr zur Begrenzung der Haftung durch zusätzliche Methoden und Theorien (i.S.d. Haftungsausfüllung), wie u.a. "foreseeability" ³⁾ oder "directness-test", Theorie von der "proximate cause" etc. ⁴⁾

Die Identifizierung, Formulierung und Einordnung von Fragen und Problemen bereiten im Bereich der "negligence-cases" erhebliche Schwierigkeiten, Die dabei aufgetretenen und noch immer häufigen Fehler oder Irrtümer führten zu den heute für fragwürdig gehaltenen und angezweifelte Entscheidungen ⁵⁾. Die Aufgabenstellung dieser Arbeit läßt ein genaues Eingehen auf Fragen der Kausalität und des Schadens bzw. des -um-

1) Vgl. Prosser, Torts, § 30 (143); Shearman & Redfield, Vol. 1, Ch. 1, § 2 (9); Green, 61 Col.L.Rev. 1401 ff. (1961); als Beispiele aus der Rechtsprechung: Lee Street Auto Sales, Inc., v. Warren, 102 Ga.App. 345, 116 S.E. 2d 243 (1960); Mudrich v. Standard Oil Co., 87 Ohio App. 8, 86 N.E. 2d 324 (1949); aff'd 153 Ohio St. 31, 90 N.E. 2d 859 (1950); und neuerdings Annot., 100 A.L.R. 2d 942, 951 (1965); umfangreiche Nachweise ansonsten in 57 Am.Jur. 2d, Negligence § 33 (378 Fn. 12) (1971).

2) Vgl. etwa Prosser, Torts, § 30 (143); Drestler, 13; Green, 28 Col.L.Rev. 1014, 1022 (1928).

3) Das Vorhersehbarkeitsmerkmal ist für sämtliche Voraussetzungen von Bedeutung. Bzgl. "duty" und "breach of duty" vgl. noch im Anschluß.

4) Ausführlich dazu die Schriften von Dehmel, 56 ff. und Lürer, 57 ff.

5) Weitere Hinweise bei Green, 26 SW.L.J. 811 ff. (1972), dort auch "The basic issues in negligence cases are few, but be so close together that they are easily confused" (811). Ähnlich auch Probert, 18 U.Fla.L.Rev. 369 ff. (1965).

fanges ¹⁾ nicht zu. Bei den exemplarischen Entscheidungen im weiteren Verlauf der Erörterung ist - falls nicht auf Gegenteiliges besonders hingewiesen - von dem Vorliegen dieser Voraussetzungen des Haftungstatbestandes auszugehen.

Für die Bestimmung anspruchsberechtigter Dritter und insoweit einer Begrenzung der Haftung des Schädigers sind die Merkmale "breach of duty" und "duty to take care" zu untersuchen. Im Schrifttum besteht ein langjähriger Streit darüber, ob man diese Kriterien wegen ihrer engen Verknüpfung überhaupt trennen soll. Schließlich werde bei der Frage, ob eine nicht dem Sorgfaltsmaßstab entsprechende Pflichtverletzung vorliegt, zwangsläufig auf eine zwischen Schädiger und Geschädigtem bestehende Pflicht eingegangen ²⁾. Sämtliche möglichen Rechtsfragen und Probleme sollen nach dieser Meinung unter einem Gesamtkomplex "duty" oder "negligence" behandelt werden.

Die Mehrheit der Autoren sieht jedoch in der gesonderten Beurteilung einer erforderlichen Sorgfaltspflicht des Schädigers gegenüber dem Geschädigten eine aus Gründen der Systematik und Logik im "common law" anerkannte Voraussetzung. Gleichzeitig wird darauf hingewiesen, daß sich bei komplizierten Sachverhalten bzgl. der Feststellung einer konkreten Pflicht kaum lösbare Schwierigkeiten ergeben, wenn man der ersten Ansicht folgt ³⁾.

1) Vgl. dazu Preuss, Vertragsbruch als Delikt, 188 ff.

2) So Buckland, 51 L.Q.Rev. 637, 639 ff. (1935); ders., Reflections, 110 ff.; Price, 66 S.A.L.J. 171 ff. (1949); Winfield, 34 Col.L.Rev. 41, 58 ff. (1934); zum Meinungsstand auch Drestler, 17 f.; Lüer, 19 und 24.

3) Vgl. Prosser, Torts, § 53 (324); Fleming, Torts, Chap. 6 (103 ff.); ders., Introduction, 24 ff.; Harper & James, Torts, § 18.1 (1016 ff.); Bohlen, 80 U.Pa.L.Rev. 781 ff. (1932); Dias, 30 Tul.L.Rev. 377 ff. (1936); Lawson, 22 Tul.L.Rev. 111, 130 (1947); Drestler, 18, mit Hinweisen auf die Auswirkungen der verschiedenen Meinungen in der Praxis der Gerichte.

Die Notwendigkeit einer "duty to take care" wird von keiner Seite geleugnet, so daß eine Entscheidung dahingestellt bleiben kann. Es soll deshalb an der herkömmlichen Zweiteilung zwar festgehalten werden, allerdings ist der nachfolgende Aufbau speziell ausgerichtet auf die Bestimmung des ersatzberechtigten Personenkreises im Licht der "duty" unter Beachtung neuer Tendenzen und Methoden.

a) "duty"-Merkmal

"Where there is no legal duty, there can be no actionable negligence" ¹⁾. Diese Feststellung beinhaltet den eigentlichen Kern der Fahrlässigkeitshaftung und verleitet dazu, einzelne oder sämtliche Voraussetzungen der "negligence-action" unter dem "duty"-Merkmal zu untersuchen, statt sich auf die an dieser Stelle erforderliche und zu beantwortende Frage nach dem Vorliegen einer Sorgfaltspflicht gegenüber dem Kläger zu beschränken.

Auch die amerikanische Rechtsordnung verlangt von jedem ein Verhalten, daß weder Personen, noch Eigentum von anderen geschädigt werden ²⁾. Ebenso wichtig ist jedoch die Tatsache, daß nicht aus jedem verletzenden Verhalten eine Anspruchsberechtigung des Geschädigten aus "negligence" gefolgert wird, sondern nur dann,

1) Vgl. statt vieler: Hewlett v. Schadel, 68 F. 2d 502 (4th Cir. 1934); Le Clerc v. Iowa Electric Light & Power Co., 254 Iowa 779, 119 N.W. 2d 203 (1963); Newlin v. New England Teleph. & Teleg.Co., 316 Mass. 234, 54 N.E. 2d 929 (1944).

2) Diese Maxime des "common law" findet sich in der Regel "sic utere tuo ut alienum non laedas" wieder, nach der jeder mit seinem Eigentum unbeschränkt umgehen kann, solange dadurch keine Verletzung anderer Personen oder Beschädigung von Sachen eintritt; vgl. Green v. General Petroleum Corp., 205 Cal. 328, 270 P. 952 (1928).

wenn ein "standard of care" mißachtet wird, den das Recht bei Vorliegen einer "duty" von ihm verlangt ¹⁾. Solange nicht eine Beziehung in Form eines Pflichtverhältnisses zwischen bestimmten Personen zu finden ist, kann von einer "duty to take care" nicht ausgegangen werden ²⁾.

aa) "duty" aus oder in Verbindung mit Vertrag

Neben der Möglichkeit eine "duty" durch Gesetz oder Verordnung den Beteiligten aufzuerlegen, kann im Bereich des "common law" ein besonderes Pflichtenverhältnis verschiedenartig entstehen. Der Zusammenhang und die Auswirkungen von Vertrag und "duty" sind hier von vorwiegender Bedeutung.

Im Normalfall ist ein Vertragsbruch keine unerlaubte Handlung i.S.d. Deliktsrechts, doch kann ein "contract" Anlaß zu einer Klage aus "negligence" geben. Durch einen Vertrag kann die Beziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem geschaffen werden, die für das Entstehen einer "duty to take care" notwendig

1) Genauer zu "standard of care" und zu "degree and amount of care" im Anschluß bei den einzelnen Tatbestandsmerkmalen.

2) Die "duty to take care" kann nur schwer einem - dem deutschen entsprechenden - subjektiven (Schuld) oder objektiven (Rechtswidrigkeit) Tatbestand zugeordnet werden. Vielmehr liegt eine Vermengung von Rechtswidrigkeit und Schuld vor; vgl. zu den Folgerungen daraus und zu dogmatischen Fragen, Keßler, Fahrlässigkeit, 58 ff. und 89 ff.; Wieder, 136 ff., der allerdings bzgl. der besonderen "duty" nur pauschal auf Vorhersehbarkeit abstellt. Ausführlich auch Preuss, Vertragsbruch als Delikt, 110 ff.

ist ¹⁾. Generell beinhaltet z.B. ein Werk- oder Dienstvertrag die Pflicht zu einer sorgfältigen Ausführung, und ein Bruch dieser Verpflichtung kann sowohl zur Vertrags- als auch zur Deliktshaftung führen ²⁾. Damit ist nicht ausgesagt, daß jede Vertragsverletzung auch eine Verletzung einer "duty to take care" ist. Immerhin kann aus einem "contract" eine "duty" resultieren, die ohne diesen nicht vorhanden wäre ³⁾. Der jeweilige Vertrag oder Vertragstyp ist im Rahmen einer "negligence" Klage Maßstab und Bezugspunkt für die Bestimmung der geschuldeten Pflicht ("nature of the duty owed") und die Rechtsfolgen der Verletzung ⁴⁾.

-
- 1) Schon ausführlich *Flint & Walling Mfg.Co. v. Beckett*, 167 Ind. 491, 79 N.E. 503 (1906); *Valdez v. J.D. Diffenbaugh Co.*, 51 Cal.App. 3d 494, 124 Cal.Rptr. 467 (1975); *Duff v. Harrah South Shore Corp.*, 52 Cal.App. 803, 125 Cal.Rptr. 259 (1975); *Ferrell v. Haas*, 136 Ga.App. 274, 220 S.E. 2d 771 (1975); *Rozner v. Resolute Paper Products Corp.*, 37 App.Div. 2d 396, 326 N.Y.S. 2d 44 (1971); *Brubacker v. Glenrock Lodge, Int'l Order of Odd Fellows*, 526 P. 2d 52 (Wyo. 1974); *Sims v. Oakwood Mobile Homes, Inc.*, 27 N.C.App. 25, 217 S.E. 2d 737 (1975); *Davis v. Anderson*, 501 S.W. 2d 459 (Tex.Ct.App. 1973); *Kornitz v. Earling & Hiller, Inc.*, 49 Wis. 2d 97, 181 N.W. 2d 403 (1970); vgl. weiterhin *Prosser, Borderland*, 380, 403 f.; erneut sei auf die Nähe von Vertrags- und "negligence"-Recht hingewiesen, vgl. dazu *Preuss, Vertragsbruch als Delikt*, 110 ff.
 - 2) Häufig wird sogar in jedem Vertrag eine "common law duty to perform with care" gesehen, vgl. u.a. *Davis v. Anderson*, 501 S.W. 2d 459 (Tex.Ct.App. 1973); *Sims v. Oakwood Mobile Homes, Inc.*, 27 N.C.App. 25, 217 S.E. 2d 737 (1975).
 - 3) Vgl. *Rozner v. Resolute Paper Products Corp.*, 37 App.Div. 2d 396, 326 N.Y.S. 2d 44 (1971).
 - 4) *Better Food Markets v. American Dist.Tel.Co.*, 40 Cal. 2d 179, 253 P. 2d 10 (1953); *Pinnix v. Toomey*, 242 N.C. 358, 87 S.E. 2d 893 (1955).

Was das Verhältnis von Gläubiger und Schuldner anbelangt, so sind diese Grundsätze im wesentlichen unstreitig. Anders in den Fällen, in denen ein am Vertrag nicht beteiligter Dritter geschädigt wird.

(1) "Privity of contract"

Kann demnach aus einer vertraglichen Beziehung ein Anspruch aus "negligence" entstehen, so ist erneut auf die Frage der Notwendigkeit von "privity of contract" zurückzukommen. Die Forderung nach einer besonderen "legal duty" zwischen Schädiger und Geschädigtem war eigentlich erst aufgekommen, als Sachverhalte zur Entscheidung standen, bei denen im Rahmen von Vertragsbeziehungen ein Dritter Schaden erlitten hatte.

Erhebliche Auswirkungen auf das amerikanische Recht hatte die berühmte englische Leitentscheidung *Winterbottom v. Wright*¹⁾, in der eine Klage wegen fehlender "privity" abgewiesen wurde. Zwar hatten schon frühzeitig einige Gerichte von dem hier aufgestellten Grundsatz Abstand genommen, z.B. in *Thomas v. Winchester*²⁾, - dort hatte die wegen eines an den Ehemann verkauften, falschen Medikamentes verletzte Ehefrau einen Anspruch gegen den Apotheker erhalten - oder in *Devlin v. Smith*³⁾ - ein Malergeselle wurde

1) *Winterbottom v. Wright*, 10 M.&W. 109, 152 Eng.Rep. 402 (Ex. 1842); ebenso schon vorher *Langridge v. Levy*, 2 M.&W. 519, 150 Eng.Rep. 863 (Ex. 1837); vgl. dazu *Winfield*, 34 Col.L.Rev. 41 ff. (1934).

2) *Thomas v. Winchester*, 6 N.Y. 397, 57 Am.Dec. 455 (1852).

3) *Devlin v. Smith*, 89 N.Y. 470 (1882); natürlich auch die bekannte *Cardozo*-Entscheidung *Mac Pherson v. Buick Motors Co.*, 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916); zur Entwicklung in England vgl. *Heaven v. Pender*, 11 Q.B.D. 503, 52 L.J.Q.B. 702 (1883) und *Donoghue v. Stevenson*, (1932) A.C. 562 (1932), All E.Rep.1; allgemein dazu *Bohlen*, 50 Harv.L.Rev. 1225 ff. (1937); *Prosser, Torts*, § 93 (622); *Drestler*, 96 ff.; *Lüer*, 20 ff.

hier durch den Zusammenbruch eines von der Beklagten mangelhaft errichteten Gerüsts verletzt. Eine mögliche zu starke Belastung und Verantwortung des Vertragspartner-Schädigers und die nunmehr infolge der Ablehnung von "privity" auftretenden Schwierigkeiten bei der Bestimmung des ersatzberechtigten Personenkreises führten jedoch dazu, daß sich viele Gerichte auf die "general rule" der Relativität des Schuldverhältnisses berufen haben, anstatt sich einer Konkretisierung und Einengung der "legal duty" zuzuwenden.

Insofern kann Lüer nicht in der Behauptung zugestimmt werden, "heute kann aus 'negligence' klagen, wer durch eine Vertragsverletzung Schaden erlitten hat, aber aus 'assumpsit' nicht vorgehen könnte, weil er nicht Vertragspartei ist" ¹⁾. In vielen "negligence"-Klagen wird - selbst in neuerer Zeit - im Zusammenhang mit der Anspruchsberechtigung Dritter immer noch auf "privity of contract" abgestellt ²⁾.

Allerdings soll nicht bestritten, sondern vielmehr klar herausgestellt werden, daß sich die anfangs noch als Ausnahmen erscheinenden Fälle überwiegend durchgesetzt haben, in denen Dritten trotz fehlender "privity" Schadensersatz zugebilligt wurde, wenn auch nicht bei allen Vertragstypen in der absoluten Form wie bei der

1) Vgl. Lüer, 22.

2) Tegler v. Farmers' Union Gas & Coal Co., 124 Neb. 336, 246 N.W. 721 (1933); Miller v. Davis & Averill, Inc., 61 A. 2d 253 (Ct. Err. & App. N.J. 1948); Scott v. Huffmann, 237 F. 2d 396 (10th Cir. 1956); Zamecki v. Hartford Accident & Indemnity Co., 95 A. 2d 302 (Md. Ct. App. 1953); Mc Clendon v. T.L. James & Company, 231 F. 2d 802 (5th Cir. 1956); Baca v. Britt, 73 N.M. 1, 385 P. 2d 61 (1963); Delta Construction Co. of Jackson v. City of Jackson, 198 So. 2d 592 (Miss. 1967), later app. City of Jackson v. Delta Construction Co. of Jackson, 228 So. 2d 606 (Miss. 1969).

"products liability" ¹⁾. Die Entwicklung zeigt weiterhin, daß eine Haftung nicht nur auf Verletzung von Personen beschränkt, sondern zunehmend "harm to intangible economic interests" einbezogen wird ²⁾. Diese Fragen bedürfen ebenso einer Vertiefung wie die Bestrebungen, das Problem der "privity" dadurch zu umgehen, indem man eine Verbindung von Vertrag und der erfolgten Pflichtverletzung zu vermeiden versucht.

(2) "misfeasance - nonfeasance" bei Dreiecksverhältnissen

Waren schon bei Schadensersatzansprüchen zwischen den unmittelbaren Vertragsparteien Schwierigkeiten insofern aufgetreten, ob der Schädiger nur bei einer positiven Handlung deliktisch haften kann, oder auch bei pflichtwidrigem Unterlassen ³⁾, so wirkte sich die Unterscheidung "misfeasance - nonfeasance" bei Ersatzansprüchen Dritter als besonders hemmend und problematisch aus.

Für das Verhältnis zwischen Versprechenden und Versprechensempfänger galt - wie schon erörtert - lange Zeit als "general rule", daß ein völliges Untätigbleiben bei der Ausführung eines Vertrages für eine Haftung aus "negligence" nicht ausreicht ⁴⁾. Mit zu-

- 1) Dazu Prosser, Torts, § 93 (622 f.); ausdrücklich gegen "privity": Palmer v. Massey - Fergusson, Inc., 3 Wash.App. 508, 476 P. 2d 713 (1970); Shatterproof Glass Corp. v. James, 446 S.W. 2d 873 (Tex.Civ.App. 1971).
- 2) Diese Tendenz wird bei der Haftung der "accountants" ersichtlich, vgl. auch James, Fleming, 25 Vand.L.Rev. 43 ff. (1972); Smith, J. of Business Law 1974, 119 ff.
- 3) Vgl. oben S. 90 ff.
- 4) Taylor v. Herbold, 94 Idaho 133, 483 P. 2d 664 (1971); Barrett v. New England Tel. & Telegr. Co., 177 A.264 (N.H. 1922); Glenn v. Hill, 210 Mo. 291, 119 S.W. 27 (1908); bei positiven Handlungen besteht die allgemeine Pflicht sich so zu verhalten, daß andere nicht geschädigt werden, vgl. Drestler, 110; Seavey, 56 Harv.L.Rev. 72, 82 (1942); Cowan, 23 Minn. L.Rev. 46, 54 (1938).

nehmender Bedeutung des "duty"-Merkmals wuchs jedoch die Erkenntnis, daß es in vielen Fallkonstellationen ¹⁾ eigentlich auf die "tatsächliche Ausübung" einer obliegenden Sorgfaltspflicht ankommt; darauf nämlich verläßt sich der Geschädigte. Die Folge war bekanntlich, daß immer häufiger deliktische Ansprüche auch bei "nonperformance" durchgesetzt werden konnten ²⁾.

Im Gegensatz dazu führt die Differenzierung "misfeasance - nonfeasance" nach wie vor zu einer gewissen Beschränkung der Klagemöglichkeiten vertragsfremder Dritter, die durch ein Nichthandeln des Schuldners geschädigt worden waren.

Zwar hat man von dem "privity"-Erfordernis mehr und mehr Abstand genommen, so daß der Schädiger - neben den Kaufverträgen - auch haftet bei "misperformance of any other contract made with one person, where the interest of another may be expected to be affected" ³⁾.

Einschränkungen sind jedoch bei "nonfeasance" ersichtlich. Damit der Dritte keine bessere Rechtsstellung erhält als der Gläubiger (Vertragspartner), soll sein Anspruch zunächst dann entfallen, wenn auch eine "negligence"-Klage des Gläubigers an "nonfeasance" scheitern würde. Dazu kommt die nur zögernde Anerkennung einer besonderen "duty" gegenüber dritten Personen mit der Folge, daß eine Gleichbehandlung von "misfeasance" und "nonfeasance" bei Dreiecksverhältnissen nicht in gleichem Umfang erkennbar wird ⁴⁾.

1) Wie z.B. der Pflicht des "employers" einen sicheren Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen.

2) Vgl. Prosser, Borderland 380, 391 ff.; ders., Torts, § 92 (614 ff.); Green, 28 Col.L.Rev. 1014, 1026 ff. (1928); Presser v. Siesel Constr. Company, 19 Wis. 2d 54, 119 N.W. 2d 405 (1963); Colton v. Foulkes, 259 Wis. 142, 47 N.W. 2d 901 (1951); Mesher v. Osborne, 143 P. 1092 (Wash. 1913). Zur geschichtlichen Entwicklung und Abgrenzung Vertrag - Delikt vgl. oben S. 88.

3) Prosser, Torts, § 93 (627); vgl. noch Oklahoma Natural Gas Co. v. Courtney, 182 Okl. 582, 79 P. 2d 235 (1938); Heyer v. Flaig, 70 Cal. 2d 232, 449 P. 2d 161, 74 Cal. Rptr. 225 (1969).

4) Vgl. Dustin v. Curtis, 67 A. 220 (N.H. 1907).

Tatsächlich kann der Abschluß eines Vertrages mit einem Gläubiger häufig eine eigene Beziehung zwischen dem Schuldner (Beklagten) und einer dritten Person entstehen lassen, aus der wiederum eine besondere "duty" resultiert, die auch bei "nonfeasance" zu Schadensersatz aus "negligence" verpflichtet. Zu denken ist z.B. an die Übersendung eines Telegramms. Infolge des Vertrages mit dem Absender existiert eine "obligation of public utility" der Telegrammgesellschaft gegenüber dem Adressaten, der bei pflichtwidrigem Unterlassen einer Übersendung der Nachricht aus "negligence" klagen kann ¹⁾. Ebenso ist das Versprechen des Vermieters zur Reparatur des Mietobjekts zu erwähnen; bei Untätigbleiben kann er neuerdings außer dem Mieter u.U. auch Dritten gegenüber ersatzpflichtig werden ²⁾.

Mehr noch als zuvor bei dem Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner ist in Betracht zu ziehen, ob der Dritte - zumindest jedoch der Gläubiger - sich auf die tatsächliche "performance" des Vertrages verlassen bzw. darauf vertraut hat ³⁾, oder anders formuliert, ob der Schädiger verpflichtet war, schadensverhütend tätig zu werden ⁴⁾.

Unterbleibt die Handlung des Beklagten im Bewußtsein dieser Tatsachen, so hat er einen eventuellen Schaden zu ersetzen. Wesentliche Voraussetzung ist aber immer das Vorliegen einer besonderen Sorgfaltspflicht gegenüber dem konkret Geschädigten.

-
- 1) Postal Telegraph Cable Co. v. Kaler, 65 Ga.App. 641, 16 S.E. 2d 77 (1941); zum ganzen Prosser, Torts, § 93 (627 f.) m.w.N.
 - 2) Dazu noch genauer die Fallgruppe "landlord & tenant" weiter unten. Weitere Fälle ergeben sich bei der Bewachung oder Beaufsichtigung von Personen oder Eigentum.
 - 3) Wie z.B. bei den Inspektionsfällen von Fahrstühlen, Gasöfen, Boilern etc.
 - 4) Vgl. Lürer, 23.

bb) "duty" aus sonstiger "relation"

Es wird zwar allgemein anerkannt, daß eine "duty" to take care" aus einer bestimmten "relation" zwischen den Parteien hervorgehen muß, Versuche einer Subsumtion unter eine Formel gleich welcher Art sind bislang jedoch fehlgeschlagen, nicht zuletzt aus dem Grund "everything depends on the fact" ¹⁾.

So kann eine "duty" auf einer vertraglichen Beziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem beruhen, eine Voraussetzung für das Bestehen einer Sorgfaltspflicht ist ein "contract" allerdings nicht ²⁾. Im Gegenteil, sehr oft führt die Untersuchung der "relation of the parties" zu einer "duty" aus "statutes" ³⁾, "common law" ⁴⁾ oder "implication of the law" ⁵⁾. Eine "duty" wird weiterhin bestimmten Lebenssachverhalten entnommen - abseits der meist dennoch vorliegenden Verträge -, u.a. kann eine berufliche Beziehung "ordinary care" verlangen, oder eine Dienstleistung etc. ⁶⁾ Der Vorteil ist darin zu sehen, daß sowohl Aussagen zu der Frage einer notwendigen "privity" umgangen, als auch die teilweise konstruiert erscheinende Ableitung einer vertraglichen Pflicht vermieden wird ⁷⁾.

1) Vgl. Fleming, Torts, Chap. 8 (135).

2) Vgl. Dean v. Hershowitz, 119 Conn. 398, 177 A. 262 (1935); Bernstein v. L. & H. Meat Co., 115 N.Y.S. 2d 175 (Sup.Ct. 1951); aff'd. 280 App. Div. 914, 115 N.Y.S. 2d 823 (1952); Milliner v. Elmer Fox & Co., 529 P. 2d 806 (Utah 1974).

3) Vgl. z.B. Clark v. Dalman, 379 Mich. 251, 150 N.W. 2d 755 (1967); Baumgartner v. National Cash Register Co., 146 Mont. 346, 406 P. 2d 686 (1965).

4) Vgl. Hommel v. Southwestern Greyhound Lines, 195 S.W. 2d 803 (Tex.Civ.App. 1946); Sims v. American Cas. Co., 131 Ga.App. 461, 206 S.E. 2d 121, aff'd 232 Ga.787, 209 S.E. 2d 61 (1974).

5) Vgl. Cramer v. Niagara Mohawk Power Corp., 45 Misc. 2d 670, 257 N.Y.S. 2d 380 (Albany County Ct. 1965).

6) Man spricht vielfach schon von einer eigenen "professional negligence".

7) Welchen Einfluß Verträge bzw. Vertragstypen überhaupt auf die Bestimmung einer "duty" haben mag hier dahingestellt bleiben. Die sich aus konkreten Situationen ergebenden Pflichten werden teilweise auch als "special affirmative duties" angesehen bzw. bezeichnet.

Die Untersuchungen im Rahmen des "duty issue" werden jedoch nicht nur auf die Tatsachen beschränkt, aus denen sich eine Sorgfaltspflicht ergeben kann oder auf Probleme im Zusammenhang mit "privity" oder "misfeasance-nonfeasance". Die vorgezogene, gesonderte Behandlung der "duty" soll vor allem zu einer Bestimmung des anspruchsberechtigten Personenkreises führen und nach Möglichkeit eine Antwort auf die Frage geben, ob eine "duty" gegenüber dem jeweils Geschädigten zu beachten ist bzw. war.

Den Sinn und Hintergrund dieses Haftungselements beschreibt Prosser treffend, "Duty is not sacrosanct in itself, but only an expression of the sum total of those considerations of policy which lead the law to say that the particular plaintiff is entitled to protection" ¹⁾.

cc) "foreseeability"

Das Vorhersehbarkeitsmerkmal kann bei der Frage nach der Existenz einer "duty" und der damit gleichzeitig verbundenen Konkretisierung evtl. anspruchsberechtigter Dritter nicht außer Betracht bleiben, obwohl aus der These "negligence ... consists in failure to take care against unreasonable risk of foreseeable injury" ²⁾ eine Verbindung zu dem "duty issue" nicht sogleich ersichtlich wird. Tatsächlich durchzieht der Begriff der "foreseeability" das gesamte "negligence"-Recht und soll als möglichst generelle Formel einen Gegenpol zu dem "risk"- bzw. "danger"-Gedanken bilden sowie gleichzeitig Maßstab für eine Begrenzung der Ersatzpflicht des Schädigers sein. Man täuscht sich allerdings erheblich - soviel sei vorweggenommen - wenn man einen durch Präzision oder Klarheit sich auszeichnenden oder gar allgemein gültigen und anwendbaren "test" erwartete.

1) Prosser, Torts, § 53 (325, 326).

2) Fleming, Torts, Chap. 8 (136).

Die bei den einzelnen Haftungsmerkmalen unterschiedliche Einordnung und Erörterung von "foreseeability"-Gesichtspunkten läßt Meinungsverschiedenheiten erkennbar werden, die ihren Grund in der bei der Entscheidungsfindung differierenden Aufgabenverteilung von Gericht und Jury im Rahmen der "action for negligence" haben ¹⁾. Auf das Vorhersehbarkeitsmerkmal wird von einer Vielzahl der Entscheidungen im Rahmen der Prüfung von "proximate cause" eingegangen ²⁾. Weniger der ersatzberechtigte Personenkreis steht dabei unmittelbar im Vordergrund als vielmehr Erwägungen über vorhersehbare Verletzungen bzw. Schäden (i.S.d. Haftungsausfüllung), z.B. die Frage, ob der Schaden und seine Folgen von einem "reasonable man" im Zeitpunkt der Schadensverursachung vorhersehbar waren ³⁾.

In den einzelnen Staaten wird die "foreseeability-doctrine" im Rahmen der Prüfung von "proximate cause" ohnehin sehr unterschiedlich verstanden; das kommt schon dadurch zum Ausdruck, daß meist aus rechtspolitischen Gründen neben oder statt der Beachtung eines vorhersehbaren Schadens u.a. auf die Erkennbarkeit des Verletzungsherganges abgestellt wird ⁴⁾. Als Hintergrund ist immer das Bestreben zu sehen eine zu weite Ausdehnung der Haftung zu verhindern.

-
- 1) Drestler, 29 ff. weist zu recht auf die enge Verbindung von "law of torts" und Prozeßrecht hin und geht ausführlich auf die Zusammensetzung von Gericht und Jury im Zivilprozeß ein; vgl. auch Green, Rationale, 122 ff.; Prosser, Torts, § 45 (289 f.).
 - 2) So u.a. Mobil Oil Co. v. Dodd, 528 S.W. 2d 297 (Tex.Civ.App. 1975); Bogle v. Duke Power Co., 27 N.C.App. 318, 219 S.E. 2d 308 (1975); Browning v. Heritage Insurance Co., 33 Ill.App. 3d 943, 338 N.E. 2d 912 (1975).
 - 3) Vgl. Tapia v. Panhandle Steel Erectors Co., 78 N.M. 86, 428 P. 2d 625 (1967); Sky Aviation Corp. v. Colt, 475 P. 2d 301 (Wyo. 1970); dazu auch Drestler, 90 m.w.N.
 - 4) Vgl. Lüer, 73.

Natürlich kann man argumentieren, daß auf diese Weise der Kreis der Ersatzberechtigten gleichermaßen konkretisiert werde. Die Äußerungen der Gerichte zu dem Haftungselement "proximate cause" lassen jedoch erkennen, daß die Personenbestimmung nur eine untergeordnete und nicht offen zum Ausdruck kommende, "interne" Bedeutung hat; "proximate cause" ist insoweit nur mittelbar auf den Kläger ausgerichtet ¹⁾. Der Einfluß von "foreseeability"-Kriterien zeigt sich ebenfalls bei dem Merkmal "breach of duty".

Unmittelbaren Bezug auf die Drittbestimmung hat "foreseeability" durch eine andere Entwicklung bekommen, und zwar im Zusammenhang mit der Frage nach dem Bestehen einer "duty". Zwei entgegengesetzte Richtungen sind erkennbar.

Das Vorhersehbarkeitsmerkmal stand zunächst als Hilfsmittel und Kriterium zur Lockerung des streng eingehaltenen Prinzips "privity of contract" im Vordergrund ²⁾. Schadensersatzansprüche wurden gewährt, wenn Person oder möglicher Schaden des Dritten durch die verletzende Vertragspartei vorhersehbar waren ³⁾. Auf diese Weise wurde der - sonst auf die Parteien des Vertrages beschränkte - anspruchsberechtigte Personenkreis wesentlich erweitert, und man erkannte bald die Notwendigkeit einer Einengung sowie gewisser Grenzen.

1) Die im Bereich von "proximate cause" sonst auftretenden Streitfragen und Meinungsverschiedenheiten können deshalb hier unberücksichtigt bleiben, vgl. näher dazu Prosser, Torts, §§ 41 ff. (236 ff.) mit umfangreichen Nachweisen in Fn. 1. Das Verhältnis von "duty" und "proximate cause" wird damit erneut angesprochen, bzw. die Frage, ob das Vorliegen einer "duty" überhaupt untersucht werden muß.

2) Siehe näher dazu oben S. 143 f.

3) Vgl. Drestler, 96 f.

So mußten die Thesen der wohl berühmtesten Entscheidung aus dem Deliktsrecht, Palsgraf v. Long Island R.R.¹⁾, einiges Aufsehen erregen. Von Cardozo C.J. und dem Mehrheitsvotum wurde zwar ebenfalls auf "foreseeability" im Rahmen des "duty issue" abgestellt, nun jedoch nicht wie bisher - zur Umgehung von "privity of contract" - haftungsausweitend, sondern ausschließlich personenbezogen und damit haftungsbeschränkend²⁾. Obwohl der Fall allgemein bekannt sein dürfte, sei der Sachverhalt kurz wiederholt:

Beim Besteigen eines schon anfahrenden Zuges waren zwei Zugbegleiter einem Fahrgast behilflich und stießen diesem dabei fahrlässig ein unscheinbar aussehendes Päckchen aus dem Arm, in dem sich Feuerwerkskörper befanden. Es kam zu einer Explosion mit der Folge, daß durch die Erschütterung eine Münzwaage auf einen auf dem Bahnsteig stehenden anderen Fahrgast - die Klägerin Mrs. Palsgraf - fiel und diese verletzte.

Der Entscheidung kommt im Rahmen dieser Arbeit schon deshalb Bedeutung zu, weil durch ihre Aussagen zum "duty"-Merkmal und zur "foreseeability" Akzente für die weitere Entwicklung der "negligence"-Haftung gesetzt wurden. Abgesehen davon fand bei der Frage nach dem Bestehen einer Sorgfaltspflicht die Tatsache Berücksichtigung, daß die Klägerin als Fahrgast gleichfalls Vertragspartner und insofern möglicherweise besonders schutzwürdig war³⁾.

Die "dissenting opinion" von Andrews J. geht von einer "duty" gegenüber jedermann bei einem nachlässigen Verhalten aus und sieht eine Beschränkungsmöglichkeit vor allem durch "proximate cause"⁴⁾.

1) Palsgraf v. Long Island R.R. Co., 248 N.Y. 339, 162 N.E. 99 (1928).

2) Tatsächlich war die Problematik schon vorher aufgetaucht und sogar im Rahmen der "duty" behandelt worden, vgl. u.a. Mize v. Rocky Mountains Bell Tel. Co., 38 Mont. 521, 100 P. 971 (1909); ansonsten Prosser, Torts, § 43 (254) m.w.N.

3) Vgl. Drestler, 99 m.w.N.

4) Vgl. Palsgraf v. Long Island R.R.Co., 248 N.Y. 339, 347, 162 N.E. 99, 103 (1928), wichtig sind folgende Thesen ebenda, "Everyone owes to the world at large the duty of refraining from those acts which unreasonably threaten the safety of others" und "Not only is he wronged to whom harm might reasonably be expected to result, but he also who is in fact injured, even if he be outside what would generally

Anders dagegen die Mehrheit der Richter, deren Ansicht von Cardozo wiedergegeben wurde und allgemein als "foreseeable plaintiff" oder "zone of danger" Doktrin bekannt ist. Nur wenn der Kläger bei der fahrlässigen Handlung des Beklagten vorhersehbar war oder sich in einer erkennbaren Gefahrenzone befand, könne von einer geschuldeten "duty" gesprochen werden ¹⁾.

Der Zusammenhang von "duty", "risk", Vorhersehbarkeit und Bestimmung des ersatzberechtigten Personenkreises kommt zum Ausdruck in dem Satz, "The risk reasonably to be perceived defines the duty to be obeyed, and risk means relation; it is the risk to another or to others within the range of comprehension" ²⁾.

Die Entscheidung und ihre Gründe haben eine lebhafte Diskussion hervorgerufen, die selbst derzeit noch unvermindert heftig geführt wird ³⁾. Die durchaus berechtigte Kritik setzt an verschiedenen Stellen ein. Fraglich erscheint, wann ein Sachverhalt erkennen läßt, ob ein Geschädigter "foreseeable" ist, bzw. welcher Maßstab bei diesem Merkmal angelegt werden muß. Es ist festzustellen, daß die Untersuchungen weniger direkt auf eine konkrete Personenbestimmung gerichtet

Fortsetzung Fn. 4) S. 152:

Konkret auf den Fall bezogen wurde argumentiert, daß der Eisenbahngesellschaft nicht nur dem Passagier, dem man behilflich zu sein versuchte, sondern auch jeder anderen dadurch geschädigten Person gegenüber eine "duty" oblag. Ausführlich Drestler, 40 ff.

- 1) Danach hätte man ein "risk of harm" im vorliegenden Fall gegenüber dem Fahrgast noch vorhersehen können, nicht jedoch gegenüber der entfernt stehenden Mrs. Palsgraf.
- 2) Palsgraf v. Long Island R.R.Co., 248 N.Y. 339, 344, 162 N.E. 99, 104 (1928).
- 3) Aus der kaum mehr übersehbaren Anzahl von Aufsätzen, Artikeln oder Fallbesprechungen seien nur wenige genannt: Note, 13 Minn.L.Rev. 397 ff. (1929); Green, 30 Col.L.Rev. 789 ff. (1930); Goodhart, 39 Yale L.J. 449 ff. (1930); Buckland, 51 L.Q.Rev. 637 ff. (1935); Cowan, 23 Minn.L.Rev. 46 ff. (1938); Seavey, 52 Harv.L.Rev. 372 ff. (1939); 48 Yale L.J. 390 ff. (1939), 39 Col.L.Rev. 20 ff. (1939); Ehrenzweig, 8 U.Chi.L.Rev. 729 ff. (1941); Morris, 101 U.Pa.L.Rev. 189 ff. (1952); James, 47 Nev.U.L.Rev. 778 ff. (1953); Prosser, 52 Mich.L.Rev. 1 ff. (1953); Green, 61 Col.L.Rev. 1401 ff. (1961); Fuerst, 14 Clev.-Mar. L.Rev. 522 ff. (1965); Prosser, Torts, § 43 (254 ff.); Drestler, 28 ff.; über 77 ff.

sind, sondern vielmehr auf die Möglichkeit, Wahrscheinlichkeit ~~oder~~ sogar Gewißheit eines Schadenseintritts allgemein, um so mittelbar zu dem Kreis der Geschädigten zu gelangen ¹⁾. Zu Recht wird auf einen begrifflichen Intensitätsgrad sowie auf eine zu starre Festlegung verzichtet. Schon hier kommt zum Ausdruck, daß "foreseeability" nicht isoliert und als alleiniges Kriterium zur Klägerbestimmung betrachtet werden kann.

Es erscheint ferner zweifelhaft, ob speziell in diesem Fall aber auch allgemein ein anderer Personenkreis geschützt, oder sich ein abweichendes Ergebnis ergeben hätte, wenn man das Vorhersehbarkeitsmerkmal nicht personen- sondern auf die bedrohten Rechtsgüter i.S.v. "proximate cause" bezogen sähe ²⁾. So wird immer wieder behauptet, daß bei "duty" und "proximate cause" in dieser Beziehung identische Fragen behandelt würden ³⁾. Nicht zu verkennen ist allerdings der bedeutsame Unterschied der beiden Merkmale insofern, als es sich einmal um eine "question of law" ("duty") und zum anderen um eine "question of fact" ("proximate cause") handelt ⁴⁾, die der Eigenart des amerikanischen Prozeßrechts entsprechend im Zivilverfahren vom Richter - so "duty issue" - oder

1) Vgl. Terry, 28 Harv.L.Rev. 10 ff. (1914); Cowan, 23 Minn.L.Rev. 46 ff. (1938); Drestler, 102 m.w.N.

2) So argumentiert u.a. Lüer, 78. Weiterhin sei noch auf die Frage hingewiesen, welches "issue" von dem Mehrheitsvotum unter Cardozo eigentlich geprüft wurde; für "duty": Cowan, 23 Minn.L.Rev. 46, 53 (1938); Buckland, 51 L.Q.Rev. 637, 644 (1935); für "breach": Keeton, Page, 26 Tul.L.Rev. 355, 368 (1952); Drestler, 99.

3) Vgl. etwa Prosser, Torts, § 42 (245); Lüer, 78; dazu noch der Hinweis in Note, 6 Loyola U.L.J. 482, 491 (1975).

4) Vgl. Drestler, 33.

von einer Jury - so "breach of duty, proximate cause" - beurteilt werden ¹⁾. Der Grund für diese Aufgabenteilung ist darin zu sehen, daß den Richtern rechtliche und rechtspolitisch schwierige Erwägungen und Entscheidungen, aus denen sich eine Bindungswirkung für spätere Verfahren ergibt, vorbehalten bleiben sollen ²⁾. Die Jury wäre mit derartigen Problemen von allgemein rechtlicher Bedeutung überfordert, nicht jedoch mit der Beurteilung von bestimmten Einzelfragen. Es kann allerdings nicht übersehen werden, daß einzelne Probleme durch eine geschickte Formulierung dem einen oder anderen Gremium zugewiesen bzw. zugeordnet werden können ³⁾.

Vor diesem Hintergrund sind die Thesen Cardozos zu sehen, der das Vorhandensein einer "duty", die er mit Hilfe des Vorhersehbarkeitstests zu bestimmen versuchte, speziell gegenüber dem jeweiligen Kläger verlangte und so nicht nur der Jury die Entscheidung über die Konkretisierung des ersatzberechtigten Personen-

-
- 1) Als einzige Ausnahme hat lediglich Louisiana keine Jury in Zivilverfahren. Ansonsten wird die Jury als eine Art Gegenpol zu dem starken Beamtenapparat und Bürokratismus gesehen - so Summers, 39 Tul.L. Rev. 3 ff. (1964) - und der dadurch existierende Einfluß der Bevölkerung in den Bereich der Justiz hervorgehoben.
 - 2) Treffend Green, 26 SW.L.J. 811 ff. (1972) gerade i.B. auf die "duty"-Untersuchung, "It calls for the important exercise of a court's power to determine the limits of law, both the common law and statute, as a means of protection. It is a function that only a court can perform with precision and a high degree of finality." Unter "court" bzw. "court's power" ist hier der Richter zu verstehen.
 - 3) Ohne prozeßrechtliche Besonderheiten zu sehr zu vertiefen, sei noch die Instruktion bzw. Rechtsbelehrung der Richter gegenüber der Jury und eine insoweit indirekte Beeinflussungsmöglichkeit erwähnt, vgl. dazu Drestler, 31.

kreises entzog, sondern auch dem "duty issue" zu mehr Gewicht und zu einer besonderen Bedeutung im "negligence"-Tatbestand verhelfen wollte. Schon deshalb ist die häufige Zitierung der Palsgraf-Entscheidung sicherlich berechtigt und verständlich, ebenso jedoch, weil durch Cardozos Aussagen die Problematik und die Schwierigkeiten bei der Ermittlung anspruchsberechtigter Personen zum Ausdruck gekommen sind.

Man ist allerdings auf halbem Wege stehen geblieben. "Foreseeability"-Erwägungen sind nämlich weder mit der Prüfung des Vorliegens einer "duty" gleichzusetzen, noch dafür als alleiniger "test" anzusehen. Von dieser Ausschließlichkeit gehen aber viele Entscheidungen aus ¹⁾. Ohne Zweifel kann "foreseeability" ein nützliches Element in diesem Zusammenhang sein, wenn auch nicht als Hilfsmittel in dem Umfang, wie es sich für die Jury bei dem Merkmal "breach of duty" darstellt.

Viele Situationen wirken beispielhaft für die Tatsache, daß "foreseeability" kein zuverlässiges oder allein ausreichendes Kriterium zur "duty"-Bestimmung sein kann ²⁾. Trotz vorhersehbaren Schadens und Perso-

1) Vgl. z.B. Connolly v. Nicollet Hotel, 254 Minn. 373, 95 N.W. 2d 657 (1959), "The common law test of duty is the probability or foreseeability of injury to the plaintiff ..." (657); Loonan Lumber Co. v. Wannamaker, 131 N.W. 2d 78 (S.D. 1964); Rikansrud v. City of Canton, 79 S.D. 592, 116 N.W. 2d 234 (1962); Holman v. State, 53 Cal.App. 3d 317, 124 Cal. Rptr. 773 (1975); Neff v. Woodmen of World Life Insurance Society, 87 N.M. 68, 529 P. 2d 294 (Ct.App. 1974); Mann v. Kentucky & Indiana Terminal Railroad Co., 290 S.W. 2d 820 (Ky.Ct.App. 1955); Pointek v. Joseph Perry, Inc., 173 N.E. 2d 292 (Mass. 1961); schon weiter Castillo v. United States, 406 F.Supp. 585 (D.N.M. 1975) "concept of negligence encompasses within its meanings concepts of foreseeability of harm to person injured and duty to use ordinary care" (585).

2) "Foreseeability of risk, in short, carries only an illusion of certainty in defining the consequences for which the defendant will be liable," Prosser, 52 Mich.L.Rev. 1, 19 (1953).

nenkreises werden nämlich Ersatzansprüche unter Berücksichtigung, aber auch unter Nichtberücksichtigung wirtschaftlicher Interessen verweigert, u.a. fällt die Haftungsfreistellung von Straßenbaubehörden auf, von Grundstücksverkäufern und z.T. von Vermietern, sofern es um die Beschaffenheit und den Zustand des Objekts geht ¹⁾.

Hinzuweisen bleibt ebenso darauf, daß es bzgl. der Ausdehnung einer "duty" eigentlich mehr auf eine "Rückschau" ankommt, da möglichst alle eingetretenen Umstände und der spezifische Schaden vom Richter in Betracht zu ziehen sind. Bei der Suche nach einer Antwort auf die Frage nach dem Bestehen einer "duty" gegenüber dem Kläger sollen und werden diese Überlegungen den Ausschlag geben, nicht aber "foreseeability".

dd) "policy"-Gesichtspunkte

Im "negligence"-Tatbestand kommt der "duty" unbestritten dann eine erhebliche Bedeutung zu und verdient eine ausführliche Erörterung ²⁾, wenn Personen einen Anspruch gegen den Schädiger durchzusetzen versuchen, deren Schutzwürdigkeit im Rahmen der jeweiligen Sonderverbindung nicht sofort und ohne weiteres erkennbar wird. Die von den Richtern bei der Beurteilung einer speziell gegenüber dem Kläger vorliegenden und erforderlichen Pflicht in Erwägung zu ziehenden Faktoren haben ein weites Spektrum sehr unterschiedlicher Interessen abzudecken. "Foreseeability"

1) Vgl. die Ausführungen zur Haftung des Vermieters bei den einzelnen Fallgruppen.
Treffend noch Fleming, Torts, Chap. 8 (137), "Liability for negligence in word has, in material respects, been developed differently from liability for negligence in act". Siehe weiter noch Green, 61 Col.L.Rev. 1401, 1421 ff. (1961).

2) Vgl. Note, 6 Loyola L.J. 482, 499 (1975).

kann und soll bei der schwierigen Suche nach Grenzen des Rechtsschutzes ¹⁾ zwar Berücksichtigung finden, im Rahmen dieses starren und eher formelhaften Merkmals allein sind die notwendigen umfassenden Überlegungen jedoch nicht möglich. Fleming formuliert dazu treffend, "The duty issue involves an exercise of the specific creative function of the judiciary in controlling the area of legal responsibility for negligence, having regard both to the nature of the interests infringed and the type of conduct complained of" ²⁾. Bei näherer Betrachtung - so Fleming - werde die Meinungsbildung der Richter von der geschichtlichen Entwicklung, der gegenwärtigen Anschauung von Moral und Gerechtigkeit, der Zweckmäßigkeit und Geeignetheit der betreffenden gerichtlichen Entscheidungen und der gesellschaftlichen Vorstellungen darüber, wer für den Schaden im Einzelfall aufzukommen hat, beeinflusst und getragen ³⁾.

Die Frage der "duty" und gleichzeitig die Konkretisierung des ersatzberechtigten Personenkreises ist danach anhand allgemeiner "policy"-Erwägungen und überwiegend aus rechtspolitischer Sicht zu beantworten. Auffällig ist, daß von einer Berücksichtigung der Schadensart bzw. einem Zusammenhang von geschütztem Rechtsgut und insoweit vorliegender "duty" immer mehr abgesehen wird, nicht zuletzt wegen der allgemeinen Haftungserweiterung im "negligence"-Recht ⁴⁾.

1) "Common law" und "statutes" sind hier angesprochen, vgl. Green, 26 SW.L.J. 811 ff. (1972).

2) Fleming, Torts, Chap. 8 (137).

3) Fleming, aaO., dort noch weiter, "Hence, the incidence and extent of duties are liable to adjustment in the light of the constant shifts and changes in community attitudes."

4) Zum ganzen Problemkreis ausführlich Drestler, 114 ff., dem allerdings in seiner Dreiteilung im Hinblick auf den Kläger, die Schadensart und die Schadensgefahr in Verbindung mit der Rechtspflicht-Lehre nicht uneingeschränkt gefolgt werden kann.

Feste Voraussetzungen versucht man also bei der Bestimmung anspruchsberechtigter Dritter nach Möglichkeit zu umgehen. Die bislang hinter fixierten Kriterien stehenden, unausgesprochenen Gedanken sollen vielmehr in den Vordergrund treten und in der Entscheidung genannt werden. Man erhofft sich auf diese Weise eine ausreichende Würdigung des Verantwortungsbereichs des Schädigers durch ein Eingehen auf die Besonderheiten der jeweiligen Beziehung bzw. des Rechtsverhältnisses zwischen ihm, einem evtl. Vertragspartner und dem Geschädigten, sei es im Einzelfall oder in Fallgruppen. In diesem Rahmen können und sollen u.a. wirtschaftliche Gesichtspunkte, die Zumutbarkeit des Schadensersatzes für die eine oder andere Partei sowie die rechtlichen Folgen des Urteils abgewogen werden.

(1) Schrifttum

Die Wichtigkeit derartiger allgemeiner Faktoren bei der Beurteilung der "duty" und damit der ersatzberechtigten Personen wird vom Schrifttum im wesentlichen übereinstimmend hervorgehoben ¹⁾, ohne daß die Gefahren einer Ufer- bzw. Konturenlosigkeit ²⁾ hier verschwiegen werden sollen. Der Begriff "duty" wird ein-

1) Prosser möchte deshalb die Aufmerksamkeit auf die "social policy" oder "fundamental policy" gelenkt wissen, die er als eigentliches Problem sieht, vgl. Prosser, Torts, § 43 (250, 257); vgl. weiter, Note, 6 Loyola L.J. 482, 499 (1975); Green & Smith, 50 Tex.L.Rev. 1093, 1123 (1972); Green, 61 Col.L.Rev. 1401, 1418 (1961); ders., 60 Mich.L.Rev. 543, 563 (1962); Probert, 49 Iowa L.Rev. 277, 319 (1964); Fleming, Torts, Chap. 8 (137); unklar Cowan, 23 Minn. L.Rev. 46, 55 u. 59 (1938), der "social policy" als Basis der "foreseeability" sieht, andererseits aber bei der "duty" aussagt, "Duty-making is an aspect of the universal effort to introduce into the law the economizing effect of subsuming specific instances under general rules" (55).

2) Vgl. Preuss, Vertragsbruch als Delikt, 258.

mal nur als leeres Konzept angesehen, das auszufüllen ist mit weitreichenden Überlegungen ¹⁾, oder zum anderen nur als einfaches Wort, in dem zum Ausdruck kommt, ob die Interessen des Klägers gegenüber dem fahrlässigen Verhalten des Beklagten als besonders schutzwürdig anzusehen sind oder nicht ²⁾.

Ergänzend wird noch auf die Verschiedenheit des "negligence"-Rechts im Verhältnis zum "commercial law" oder "real property law" hingewiesen, in deren Geltungsbereich viele Urteile angeblich auf festgelegten Regeln oder Prinzipien beruhen ³⁾. Im Gegensatz dazu sei das "negligence"-Recht mehr an menschlichem Verhalten auszurichten und den Gerichten dabei eine möglichst große Entscheidungsfreiheit einzuräumen. Rechtliche Prinzipien dienten in diesem Bereich lediglich als nachträgliches Ergebnis der "policy"-Erörterungen durch die Richter ⁴⁾.

Während der Argumentation zum "negligence"-Recht durchaus zuzustimmen ist, scheint zumindest im Handelsrecht der Beurteilungsspielraum der Richter, ihr Einfluß und ihre Möglichkeiten bei der Durchsetzung rechtspolitisch und wirtschaftlich erwünschter Ziele unterbewertet.

1) So Cowan, 23 Minn.L.Rev. 46, 54 (1938).

2) Vgl. Note, 6 Loyola U.L.J. 482, 500 (1975) mit Hinweis auf die Vorinstanz von *Cunis v. Brennan*, 7 Ill. App. 3d 204, 287 N.E. 2d 207 (1972).

3) Vgl. u.a. bei dem Mietvertrag. Vgl. weiter Pound, 36 Harv.L.Rev. 940, 952 (1923); Note, 6 Loyola U.L.J. 482, 500 f. (1975), "Commercial and real property law operates in this fashion since such law forms the basis for all economic transactions which demand rules authoritatively prescribed in advance and mechanically applied" (501).

4) Die Fortentwicklung des Rechts solle in diesem, sich in einem ständigen Wandlungsprozeß befindenden, Gebiet den Richtern überlassen bleiben und weniger dem Gesetzgeber; vgl. dazu noch Green, 64 W.Va.L.Rev. 115 ff. (1961); Peck, 48 Minn.L.Rev. 265, 297 (1963).

Nach allem bleibt festzuhalten, daß generelle und all-gemeingültige Doktrinen und Formeln schon wegen der nicht kalkulierbaren Vielzahl differierender und abzuwägender Interessen bei "policy"-Fragen - und damit für die Drittbestimmung und das "duty"-Merkmal - kaum aufgestellt werden können.

Manche Gesichtspunkte sind dennoch so bedeutsam, daß sie stets im Vordergrund der Betrachtungen stehen, sich ständig wiederholen und insoweit zumindest als Minimum zu würdigender Faktoren bei eine "duty"-Prüfung zu gelten haben.

Green stellt neben beabsichtigten Präventivwirkungen vor allem "difficulties of administration, economic consequences, duties owed by others" und "injustice" heraus, ohne dabei seinen sich gegen eine Begriffs-jurisprudenz im "negligence"-Recht richtenden Standpunkt aufzugeben ¹⁾. Diese Aufzählung kann kein schematisches Untersuchungsprogramm für die Konkretisierung des ersatzberechtigten Personenkreises bzw. für die "duty" sein; eine Analyse dieser eher begrifflichen Zusammenfassung einer Fülle von Beweggründen läßt jedoch die Gedanken erkennen, von denen sich die Richter üblicherweise bei ihren Urteilen haben leiten lassen oder leiten lassen sollten. Wird be-

1) Green & Smith, 50 Tex.L.Rev. 1093, 1124 (1972); Green 60 Mich.L.Rev. 543, 563 (1962); ders., 29 Ill.L.Rev. 582, 606 (1935); ders., 28 Col.L.Rev. 1014 ff. (1928). Es kann sich bei diesen Thesen ausschließlich auf Green konzentriert werden, der sich in vielen Beiträgen mit diesen Fragen beschäftigt hat, wenn ihm auch nicht in seiner insgesamt extremen Auffassung gefolgt werden soll. Vgl. die kritisierende Stellungnahme von Bohlen, 80 U.Pa.L.Rev. 781 ff. (1932). Auf die Streitfragen zur Rolle und Position der Richter kann und soll hier nicht weiter eingegangen werden, Hinweise bei Drestler, 136; ders. ausführlich und treffend zu den einzelnen Gesichtspunkten - allerdings vorwiegend bezugnehmend auf die Problematik der Haftungsbegrenzung. Die neue Richtung wird von ihm als Rechtsrealismus ("legal realism") bezeichnet, 122 ff. m.w.N.

hauptet, daß - vereinfacht ausgedrückt - kein Wert gelegt wird auf das, was die Gerichte sagen, sondern auf das, was sie tun ¹⁾, so liegt darin eine gewisse Ungenauigkeit, denn als Ziel wird gerade eine Identität von "Sagen" und "Tun" verfolgt. Die eine Entscheidung letztlich tragenden Gründe sollen auch tatsächlich genannt werden und nicht, wie es früher häufig der Fall war ²⁾, in eng oder weit ausgelegten Formeln wie z.B. "foreseeability" oder "proximate cause" untergehen.

So ist bei der Frage danach, welche Person schadensersatzberechtigt ist bzw. wem gegenüber eine Pflicht obliegt die Wirkung des Urteils für die Zukunft in verschiedener Hinsicht zu berücksichtigen. Erhalten z.B. die Bauarbeiter einen unmittelbaren Anspruch gegen den sich bei der Konstruktion und Überwachung nachlässig verhaltenden Architekten, so wird mittelbar ein höchstmögliches sorgfältiges Verhalten bei der Abwicklung derartiger Projekte bezweckt ³⁾. Allgemein kann die Einbeziehung bestimmter Geschädigter in den Kreis der Klageberechtigten bewirken, daß derartige Schäden zukünftig durch eine besonders vorsichtige Handlungsweise vermieden werden (Präventivwirkung). Zweifellos wird es auch eine Rolle spielen, ob nicht die Ausdehnung des geschützten Klägerkreises eine endlose Kette neuer Verfahren nach sich zieht ⁴⁾, die von den Gerichten mit normalem Arbeitsaufwand evtl. nicht mehr zu bewältigen sind ("administrative factor").

1) Vgl. Drestler, 122.

2) Zur geschichtlichen Entwicklung vgl. Drestler, 123 f.

3) Abgesehen davon wird die Ausgestaltung der Verträge zwischen dem Architekten, dem Bauherrn und dem Bauunternehmer beeinflusst.

4) Dabei treten teilweise erhebliche Beweisschwierigkeiten auf, vgl. Drestler, 127; Cole, 52 Cal.L.Rev. 459, 480 (1964).

Die häufige Zuordnung des Schädigers oder des Verletzten zu Gruppen, die aus unterschiedlichen Gründen mehr oder weniger geschützt sind (wie z.B. Anwälte, Ärzte, Wirtschaftsprüfer und Banken sowie Verbraucher, Bedienstete, Mieter etc.), sowie das "Gruppendenken" im Verfahren überhaupt sind im Zusammenhang mit der Drittbestimmung nicht zu unterschätzen, ohne allerdings gleich von einer Art Lobbyismus sprechen zu wollen ¹⁾. Vielfach sollen mit einer nicht zu strengen Haftung die für die Allgemeinheit notwendigen Berufe geschützt werden, die ansonsten wegen eines über großen Risikos nicht mehr ergriffen würden ²⁾. Um so auffälliger ist eine gegenwärtige Tendenzwende, die eine Haftungsverschärfung mit sich führt.

Mit diesen Gedanken befindet man sich inmitten wirtschaftlicher Abwägungen, die durch die Richter bei der Beurteilung von Anspruchsberechtigten und Sorgfaltspflichten in vorwiegendem Maße erfolgen sollen ³⁾ und die von sehr unterschiedlicher Art sein können ("economic consequences"). Eine Ausprägung dieser Überlegungen kann vor allem bei Haftungsfreistellungen bzw. bei nur eingeschränkter Haftung beobachtet werden. Insofern ist zurückzugehen auf eine in früheren Jahren bestehende totale Immunität des Staates gegen Deliktsansprüche ⁴⁾, die erst 1946 auf Teilgebieten gelockert, inzwischen aber allgemein und in den Einzelstaaten fast vollständig abgebaut wurde, wenn

1) So aber Peck, 48 Minn.L.Rev. 265, 309 (1963); Drestler, 126.

2) Beispielsweise Arzt, "public accountant", Architekt oder Gutachter bei Gericht.

3) Vgl. dazu Keeton, Robert, 72 Harv.L.Rev. 401, 407 f. (1959); Feezer, 27 N.Y.U.L.Rev. 647 ff. (1952); ders., 79 U.Pa.L.Rev. 742 ff. (1931).

4) Ausgangspunkt war das Argument: "Der Staat kann nichts Falsches tun", vgl. ausführlich zur Geschichte Borchard, 26 Can.Bar.Rev. 399 ff. (1948); Street, 47 Mich.L.Rev. 341 ff. (1949); Prosser, Torts, § 131 (970 ff.).

auch eine Ersatzpflicht oft aus Gründen abgelehnt wurde, die noch stark an die ursprünglichen "immunity"-Thesen erinnern.

Eine vergleichbare Entwicklung ist bei der Immunität von "charities" schon erkennbar, befindet sich jedoch noch im Anfangsstadium. Hauptsächlich geht es um die Freistellung von Krankenhäusern, die vielfach aus Stiftungen kostendeckend finanziert werden ¹⁾, und deren Gelder ("trust funds") ausschließlich für medizinische Hilfeleistung und nicht zweckentfremdet verwendet werden sollen. Zusätzliche Folge wäre, daß mögliche zukünftige Spender abgeschreckt würden ²⁾. Daneben wird ausdrücklich "public policy" genannt, wenn Ansprüche wegen "immunity" nicht durchgesetzt werden können ³⁾. Hintergrund dieses Schutzes ist sicherlich die Tatsache, daß staatliche oder halbstaatliche Aufgaben wahrgenommen werden ⁴⁾; die Rechtslage ist deshalb bei Schulen, Versorgungsbetrieben (z.B. Wasser- und Elektrizitätswerken), Eisenbahn etc. ähnlich, obwohl diese nicht unbedingt "charities" sind.

Die angedeutete Tendenz einer Abkehr von totalen Haftungsfreistellungen und gleichzeitig eine "normale" Haftung unter Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten ist bei sämtlichen Fallgruppen zu erkennen, nicht zuletzt, weil von den einzelnen Einrichtungen organisatorische, betriebswirtschaftliche und spezielle Maßnahmen zur Vermeidung einer gerichtlichen Inanspruchnahme und zur Abdeckung möglicher Schadensersatzforderungen erwartet werden müssen ⁵⁾.

1) Ganz abgesehen von den häufigen unentgeltlichen Diensten aus Wohltätigkeit und sogar der vereinzelten Möglichkeit einer kostenlosen Inanspruchnahme von Leistungen.

2) Darauf weist Schlechtriem, 174 hin.

3) Vgl. Zollmann, 19 Mich.L.Rev. 394, 395 (1921).

4) Vgl. Prosser, Torts, § 133 (992 ff.); auch Schlechtriem, 174.

5) Zu denken ist beispielsweise an ausreichenden Versicherungsschutz.

Diese neue Richtung hat zwangsläufig Auswirkungen auf die Größe des ersatzberechtigten Personenkreises. Der umfassenden Würdigung wirtschaftlicher Faktoren kommt somit erhebliche Bedeutung zu.

Im Rahmen der "duty"-Prüfung werden weiterhin Pflichten zu beachten sein, die von anderen geschuldet werden. Es hat also eine Abwägung zwischen der in Frage stehenden Pflicht des Schädigers und einer tatsächlich bestehenden und auf den gleichen Schutzzweck gerichteten Pflicht einer anderen Person (z.B. Arbeitgeber) gegenüber dem Geschädigten zu erfolgen.

Schließlich sei noch der Gesichtspunkt der Einzelfallgerechtigkeit angesprochen ("injustice"). Die Richter lassen sich bei der Drittbestimmung gerne von Gedanken wie Vorwerfbarkeit und Verwerflichkeit des Verhaltens des Schädigers im Verhältnis zum eingetretenen Schaden bei der Beantwortung der Frage leiten, ob Ersatz durch den Beklagten zu leisten oder dem verletzten Kläger die Last des Schadensausgleichs aufzubürden ist ¹⁾.

Es verdient nochmals hervorgehoben zu werden, daß die genannten Faktoren nicht als vorgeschriebene, ständig einzuhaltende oder gar abschließende Regeln gedacht sind, sondern höchstens einen Rahmen an Mindestüberlegungen abstecken sollen und deren vollständige Berücksichtigung durchaus nicht immer erforderlich ist. Die Angabe der tatsächlich für die betreffende Entscheidung maßgeblichen Gründe im Urteil erscheint dagegen unerlässlich.

1) Vgl. Drestler, 132 m.w.N.

(2) Rechtsprechung

Ein Bekenntnis zu "policy"-Erwägungen, die im Urteil klar zum Ausdruck kommen und nicht im Verborgenen bleiben, läßt sich in der Rechtsprechung nur gelegentlich finden. Zu häufig arbeiten die Richter bei der Ermittlung von "duty" und ersatzberechtigten Personen noch ausschließlich mit "foreseeability" als Kriterium. So fehlt zwar eine einheitliche und eindeutige Linie, immerhin ist eine auf stärkere Beachtung von "policy" gerichtete Tendenz erkennbar, besonders in Kalifornien.

Eine eindeutige Aussage und ein Bekenntnis zu der Notwendigkeit einer verstärkten Berücksichtigung von "policy" kann der schon immer als fortschrittlich geltenden und zu diesem Problem gefestigten Rechtsprechung Kaliforniens entnommen werden. Wendepunkt war der Fall *Biakanja v. Irving* ¹⁾; es ging um die Klage gegen einen "notary public" ²⁾, der für den Erblasser ein Testament aufsetzte, in dem die Klägerin als Alleinerbin eingesetzt war. Mangelnde Rechtskenntnis führte zu einer fehlerhaften Unterzeichnung und Beurkundung mit der Folge, daß das Testament in der gerichtlichen Prüfung nicht anerkannt und für unrechtmäßig gehalten wurde, so daß die Klägerin nur einen erheblich geringeren Teil der Erbmasse im Wege der gesetzlichen Erbfolge erhielt. Dem Anspruch auf Schadensersatz wurde stattgegeben.

1) *Biakanja v. Irving*, 49 Cal. 2d 647, 320 P. 2d 16 (1958).

2) Der "notary public" ist nicht annähernd zu vergleichen mit einem Notar i.S.d. deutschen Rechts. Personen ohne juristisches Studium können mit nur geringer, oft auch fehlender Rechtskenntnis bei den Gemeinden eine Genehmigung zur Niederlassung als "Notar" beantragen, die relativ unproblematisch gewährt wird. Im wesentlichen erstreckt sich der Aufgabenbereich auf Beglaubigungen, Beurkundungen und eidesstattliche Erklärungen, aber auch auf Beratungen in geschäftlicher und steuerlicher Hinsicht. Insofern ist die Sachverhaltswiedergabe bei Drestler, 116 "als Notar ausgegeben" nicht ganz genau.

Berief man sich noch im Jahr zuvor in dem nahezu identischen Fall Mickel v. Murphy ¹⁾ auf die fehlende vertragliche Bindung zwischen Kläger und Beklagtem, so wurde nun Abstand genommen von dem "privity"-Erfordernis, das bis dahin als Haftungsbegrenzung gedient hatte. Drestler ²⁾ ist insofern in seiner Behauptung nicht zuzustimmen, daß ein vertraglicher Anspruch mangels "privity of contract" nicht gegeben sei. Eine "third party beneficiary action" stand überhaupt nicht zur Entscheidung. Die Überlegungen zu "privity" bezogen sich hier ausschließlich auf den Tatbestand einer "negligence - action". Es wurde festgestellt, daß "privity of contract" keine notwendige Voraussetzung sei, um das Vorliegen einer "duty to take care" prüfen zu können ³⁾. Für dieses Merkmal sei vielmehr abzustellen auf "policy", die eine Abwägung verschiedener Faktoren verlange.

Wörtlich heißt es, "The determination whether in a specific case the defendant will be liable to a third person not in privity is a matter of policy and involves the balancing of various factors, among which are the extent to which the transaction was intended to affect the plaintiff, the foreseeability of harm to him, the degree of certainty that the plaintiff suffered injury, the closeness of the connection between the defendant's conduct and the injury suffered, the moral blame attached to the defendant's conduct, and the

1) Vgl. Mickel v. Murphy, 147 Cal.App. 2d 718, 305 P. 2d 993 (1957); vgl. oben S. 72 ; dieser Fall nimmt Bezug auf Buckley v. Gray, 110 Cal. 339, 42 P. 900 (1895).

2) Vgl. Drestler, 116.

3) In Merrill v. Buck, 25 Cal.Rptr. 456, 375 P. 2d 304 (1962) wird dazu ausgeführt, "Privity of contract is not necessary to establish existence of duty to exercise ordinary care not to injure another; such duty may arise out of voluntarily assumed relationship if public policy dictates existence of such a duty" (304).

policy of preventing future harm" ¹⁾.

Dem "Notar" mußte auf Grund seiner Kenntnisse von dem Inhalt des Testaments und der allgemeinen Umstände bekannt gewesen sein - so führte das Gericht zu den ersten vier Punkten aus - daß das eigentliche Ziel der "transaction" die gesicherte Übertragung der Erbmasse von dem Erblasser auf die Klägerin gewesen sei und weiterhin, daß letztere bei einem rechtswirksamen Testament schwere Verluste erleiden würde. Auch bei den zwei letzten Gesichtspunkten entschied man sich für eine Ersatzpflicht des Beklagten, denn abgesehen von seiner Fahrlässigkeit habe der "Notar" gegen Vorschriften verstoßen ²⁾ und ein derartiges Verhalten solle nicht durch eine zivilrechtliche Haftungs-freistellung geschützt, sondern durch eine strenge Inanspruchnahme des Schädigers in Zukunft verhindert werden ³⁾.

-
- 1) Biakanja v. Irving, 49 Cal. 2d 647, 650, 320 P. 2d 16, 19 (1958). In gleichem Sinne vgl. United States v. Rogers & Rogers, 161 F.Supp. 132 (S.D.Cal. 1958); Stewart v. Cox, 362 P. 2d 345 (Cal. 1961); Lucas v. Hamm, 56 Cal. 2d 583, 364 P. 2d 685, 15 Cal. Rptr. 821 (1961) cert.den. vgl. oben S. 116 Fn. 2 ; Chance v. Lawry's, Inc., 24 Cal.Rptr. 209, 374 P. 2d 185 (1962); Merrill v. Buck, 25 Cal.Rptr. 456, 375 P. 2d 304 (1962); Sabella v. Wisler, 27 Cal. Rptr. 689, 377 P. 2d 889 (1963); Amaya v. Home Ice, Fuel & Supply Co., 29 Cal.Rptr. 33, 379 P. 2d 513 (1963); Connor v. Great Western Savings and Loan Association, 73 Cal.Rptr. 369, 447 P. 2d 609 (1968); Bradler v. Craig, 274 Cal. App. 466, 79 Cal.Rptr. 401 (1969); Heyer v. Flaig, 70 Cal. 2d 232, 449 P. 2d 161, 74 Cal.Rptr. 225 (1969).
 - 2) Section 6125 und 6126 des "Business und Profession Code" (1956), vgl. den Wortlaut in **Annot.**, 65 A.L.R. 2d 1363 ff. (1965).
 - 3) "Such conduct should be discouraged and not protected by immunity from civil liability, as would be the case if plaintiff, the only person who suffered injury, were denied a right of action", Biakanja v. Irving, 49 Cal. 2d 647, 650, 320 P. 2d 16, 19 (1958).

Diese Faktoren sind bei vergleichbaren Situationen zu finden und wurden nicht auf Fälle mit "Notaren" bzw. "unauthorized practitioners of law" beschränkt. Sie werden überwiegend dann genannt, wenn Personen, die nicht in "privity" zum Beklagten stehen einen Anspruch durchzusetzen versuchen, u.a. bei Miet-¹⁾, Architekten-²⁾, Werk-³⁾ und Anwaltsverträgen⁴⁾.

Die californische Rechtsprechung steht nicht völlig isoliert, inzwischen haben sich die Gerichte einiger anderer Staaten zustimmend geäußert, die "policy"-Erwägungen übernommen oder zumindest darauf verwiesen⁵⁾.

Gravierende Unterschiede zu den zuvor dargestellten Überlegungen des Schrifttums zu Sinn, Inhalt und Bedeutung von "public policy" ergeben sich nicht, obwohl die in Kalifornien empfohlenen "Richtlinien" erheblich spezieller sind und vordergründig erscheinen mögen. Einhellig wird "foreseeability of harm" als notwendiges, aber nicht allein wesentliches und aus-

-
- 1) Vgl. Merril v. Buck, 25 Cal.Rptr. 456, 375 P. 2d 304 (1962).
 - 2) Vgl. Chance v. Lawry's, Inc., 24 Cal.Rptr. 209, 374 P. 2d 185 (1962).
 - 3) Vgl. Sabella v. Wisler, 27 Cal.Rptr. 689, 377 P. 2d 889 (1963); Stewart v. Cox, 362 P. 2d 345 (Cal. 1961).
 - 4) Vgl. Heyer v. Flaig, 70 Cal. 2d 232, 449 P. 2d 161, 74 Cal.Rptr. 225 (1969); Lucas v. Hamm, 56 Cal. 2d 583, 364 P. 2d 685, 15 Cal.Rptr. 821 (1961).
 - 5) Für Connecticut vgl. Licata v. Spector, 26 Conn. Supp. 378, 225 A. 2d 28 (1966); für Missouri mit geringfügig geänderten Gesichtspunkten vgl. Aluma Kraft Manufacturing Co. v. Elmer Fox & Co., 493 S.W. 2d 378 (Mo.Ct.App. 1973); für Iowa vgl. Ryan v. Kanne, 170 N.W. 2d 395 (Iowa 1969); für New Hampshire vgl. Robinson v. Colebrook Guaranty Savings, 109 N.H. 382, 254 A. 2d 839 (1969); für Illinois, allerdings allgemeiner, aber unter Hervorhebung der Wichtigkeit und des Inhalts von "policy" vgl. Cunis v. Brennan, 56 Ill. 2d 372, 308 N.E. 2d 617 (1974).

reichendes Merkmal angesehen ¹⁾. Die zuvor angesprochenen wirtschaftlichen und Zumutbarkeits-Gesichtspunkte beziehen sämtliche Kriterien mit Ausnahme von "the moral blame attached to the defendant's conduct" ein, während auf letzteres bei "injustice" Bezug genommen wird.

Die einzelnen Faktoren der Rechtsprechung, die eigentlich nur ein Mindestmaß an Anhaltspunkten für "policy"-Überlegungen sein sollen und für die zweifellos Billigkeit und Praktikabilität sprechen ²⁾, können jedoch dazu führen, daß sich die Richter mit einer Abwägung lediglich dieser sechs Punkte begnügen und zu weiterreichenden Gedanken, wie etwa der zu starken Haftungsausdehnung bei Befürwortung einer "duty", "social utility" des Verhaltens des Beklagten, der Fähigkeit der einen oder anderen Partei die Schadenslast zu tragen etc., möglicherweise gar nicht erst gelangen. Oftmals genügt auch die Konzentration auf nur einen Punkt, so daß ein "Durchprüfen" nicht erforderlich ist. Wenn die eher formelartigen Thesen in dem Gesamtrahmen möglicher "policy"-Erwägungen gesehen werden, kann eine befriedigende und interessengerechte Bestimmung von "duty" und ersatzberechtigtem Personenkreis erreicht werden.

1) "Foreseeability of harm is one, but only one of factors begetting duty of care", Wright v. Arcade School Dist., 230 Cal.App. 272, 40 Cal.Rptr. 812 (1964).

2) Auf eine drohende Konturenlosigkeit und insofern die Gefahr von Rechtsunsicherheit weist Preuss, Vertragsbruch als Delikt, 260 f. hin.

b) "breach of duty"

War bislang nach Abwägung verschiedener "policy"-Gesichtspunkte, aber ebenso unter Berücksichtigung von "privity of contract", "misfeasance-nonfeasance" und Schadensart festgestellt worden, ob eine "duty to take care" gegenüber dem Kläger besteht, so ist weiterhin auf die fahrlässige Verletzung dieser Pflicht durch den Beklagten einzugehen, denn auch aus dem Merkmal "breach of duty" - häufig als "negligence" bezeichnet - könnten sich Anhaltspunkte für den hier interessierenden Personenkreis ergeben.

Im Rahmen von "breach of duty" sind zwei Phasen im Ablauf des Verfahrens zu unterscheiden, die auf die schon angesprochene Eigenart des amerikanischen Prozeßrechts (Richter und Jury) zurückzuführen sind.

Einmal hat der Richter Zulässigkeit und Schlüssigkeit der Beweismittel zu prüfen ¹⁾, um den Fall bei absoluter Eindeutigkeit selbst zu entscheiden, oder aber sonst mit einer Rechtsbelehrung versehen an die Jury zu übergeben. In dieser Instruktion nehmen die Richter gerne die Möglichkeit zu einer Einflußnahme wahr ²⁾, ohne daß daraus jedoch Hinweise für die Ermittlung anspruchsberechtigter Personen entnommen werden könnten.

Zum anderen hat eine Beurteilung durch die Jury zu erfolgen, in der eine Beziehung zu schaffen ist zwischen dem tatsächlichen und dem erforderlichen Verhalten des Beklagten. Das geschieht in der Regel zunächst in der Begutachtung der tatsächlichen Geschehnisse anhand der Beweisregeln "direct evidence", "circumstantial evidence" oder "res ipsa loquitur" ³⁾.

1) "Sufficiency of evidence", vgl. zu den prozessualen Fragen ausführlich Drestler, 29 ff.

2) Vgl. Green, 26 SW.L.J. 811, 817 (1972); Green & Smith, 50 Tex.L.Rev. 1093, 1125 (1972); Drestler, 31.

3) Eine Ausnahme gilt bei Vorliegen von "res ipsa loquitur", dann wird sogleich mit der "reasonableness" begonnen; zu der Beweisregel "res ipsa loquitur" vgl. Drestler, 35 ff.

Für die Frage der Drittbestimmung interessanter könnte der nächste Schritt der Untersuchung erscheinen, ob nämlich durch das tatsächliche Verhalten verdeutlicht wird, daß der Beklagte im konkreten Fall nicht wie ein "reasonable man" gehandelt hat.

Nachdem sich überwiegend die Auffassung durchgesetzt hat, daß "negligence" nicht auf einem Willensfehler des Schädigers beruht sondern auf seinem Verhalten ¹⁾, ist Beurteilungsmaßstab der "standard of conduct", also eine objektive Bewertung ²⁾, die sich daran ausrichtet, welche Sorgfaltspflichten ein "reasonable and prudent man" unter gleichen Umständen zu beachten hätte, bzw. wie sich diese "Figur" dementsprechend hätte verhalten müssen. Die alte Terminologie, "Negligence is the omission to do something which a reasonable man, guided upon those considerations which ordinarily regulate the conduct of human affairs, would do, or something which a prudent and reasonable man would not do" ³⁾, ist in vielen amerikanischen Entscheidungen ebenso zu finden ⁴⁾, wie die

1) Vgl. Prosser, Torts, § 31 (145); Terry, 29 Harv.L. Rev. 40 ff. (1915); Drestler, 15; Lüer, 25 f.

2) Vgl. Seavey, 41 Harv.L.Rev. 1 ff. (1927).

3) Blyth v. Birmingham Waterworks Co., 11 Exch. 781, 105 R.R. 791, 794 (1856).

4) Vgl. Heller v. New York, N.H. & H.R.Co., 265 F. 192 (2d Cir. 1920); Altmann v. Aronson, 231 Mass. 588, 121 N.E. 505 (1919); Jarosh v. Van Meter, 171 Neb. 61, 105 N.W. 2d 531 (1960); schon Parrot v. Wells Fargo & Co., 15 Wall (U.S.) 524, 536 (1872); ähnlich und der neueren Diktion entsprechend Hendrickson v. Heinze, 541 P. 2d 1133 (Wyo. 1975), "Law of Negligence is predicated upon that which is required of a reasonable person in the light of all the circumstances present".

Ergänzung, "Reasonableness in the law is always determined by the objective standard of the ordinary person of average prudence taking into consideration all circumstances" ¹⁾,

Durchschnittliche Grundkenntnisse in jeder Beziehung und normale geistige Fähigkeiten kennzeichnen diese Figur, deren vermutliche Handlungsweise durch das Entscheidungsgremium unter Berücksichtigung der Gegebenheiten des jeweiligen Sachverhalts zu ermitteln ist unter Abwägung von sozialer Nützlichkeit und Gefährlichkeit des Verhaltens. Die zum Zeitpunkt des Geschehens in der Gesellschaft vorherrschenden Ansichten über Vernunft, allgemeine Gewohnheiten und Rechtfertigungsgründe ²⁾ dienen als Maßstab.

"Negligence" wird weiterhin als "matter of risk" angesehen ³⁾. Insofern ist entweder im Zusammenhang mit dem soeben angesprochenen "standard of conduct" ⁴⁾ oder aber gesondert auf das Merkmal der Vorhersehbarkeit eines Schadens oder einer Gefährdung der Rechtsgüter des Klägers erneut abzustellen ⁵⁾. Obwohl damit eine möglichst klare Richtlinie bzw. ein "test" geschaffen

1) *Belotte v. Zayre Corporation*, 352 A. 2d 723 (N.H. 1976); vgl. auch *Bahamas Agr. Industries Ltd. v. Riley Stroker Corp.*, 526 F. 2d 1174 (6th Cir. 1975); *Leigh v. Lundquist*, 540 P. 2d 492 (Alaska 1975).

2) In gewisser Weise also auch rechtspolitische Erwägungen.

3) Zu "matter of risk" vgl. Lüer, 26; Seavey, 41 Harv. L.Rev. 1 ff. (1927); Fleming, Torts, 104.

4) "Standard of conduct" wird somit nicht nur durch "reasonableness" bestimmt, vgl. Fleming, Torts, 135 f.

5) Green formuliert, "Should the defendant as a reasonable prudent person, under all the circumstances which conditioned his conduct, have foreseen some such risk of injury as the victim suffered, and did defendant fail to exercise reasonable care to avoid such risk of injury as the victim suffered, 26 SW.L.J. 811, 817 f. (1972).

werden sollte, kann von einer einheitlichen Beurteilung dieses Kriteriums keine Rede sein, ganz abgesehen von der Tatsache, daß - wie gesehen - mit dem "foreseeability" - Gesichtspunkt sowohl im Bereich der "duty" als auch bei "proximate cause" gearbeitet wird. Teilweise wird wieder der "reasonable man" zur Bestimmung der Vorhersehbarkeit herangezogen, oder man läßt die Möglichkeit einer Gefährdung genügen. Die gewünschte und geforderte objektive Würdigung kann aus der zwangsläufigen "ex ante" Sicht allerdings kaum erfolgen.

Die verschiedenen Faktoren sollen letztlich zu einer Lösung des im jeweiligen Einzelfall bestehenden Interessenkonfliktes beitragen ¹⁾, zwischen dem erkennbar schutzwürdigen Interesse des Geschädigten, dem Interesse des sich oftmals der Schadensgefahr seines Verhaltens nicht bewußten Schädigers und einem nicht zu verkennenden allgemeinen Interesse an einer zumutbaren und korrekten Durchführung oder Unterlassung einer Handlung in wirtschaftlicher, sozialer und rechtspolitischer Hinsicht ²⁾.

Die Ähnlichkeit dieser Überlegungen mit den bei der "duty to use care" wesentlich erscheinenden "policy"-Gesichtspunkten darf nicht über die unterschiedlichen Ziele der jeweiligen Prüfung hinwegtäuschen - dem Vorliegen einer Pflicht gegenüber einem bestimmten Kläger zum einen und die Bewertung des Verhaltens des Beklagten zum anderen.

1) Vgl. Drestler, 16; Pound, 28 Harv.L.Rev. 343 ff. (1915).

2) Bei einem derart schwierigen Prozeß kann von einer Abgrenzung in Rechtsfragen (Richter) und Tatsachefeststellung (Jury) nicht gesprochen werden; vgl. Drestler, 33.

Die Entscheidungen der Gerichte schließlich zeigen dann, wenn das Merkmal "breach of duty" von ihnen überhaupt erwähnt wird, daß nicht Erwägungen zu dem Interessengegensatz im Vordergrund stehen, sondern allein auf "foreseeability" abgestellt wird ¹⁾, meist in verwirrender Form vermengt mit Gedanken zu "proximate cause".

Konkrete Hinweise für die Bestimmung ersatzberechtigter Personen lassen sich dem Tatbestandsmerkmal "breach of duty" bzw. "negligence" nicht entnehmen.

1) Vgl. Keeton, Robert, 75 Harv.L.Rev. 463, 497 f. (1962); Ehrenzweig, 8 U.Chi.L.Rev. 729 ff. (1941); Drestler, 52 m.w.N.

2) Fallgruppen

Die zuvor entwickelten Gedanken und Thesen zur vertraglichen wie außervertraglichen Haftung im allgemeinen und zur Konkretisierung von ersatzberechtigten Personenkreisen im besonderen sind in den jeweiligen Entscheidungen der einzelnen Fallgruppen meist nur unvollkommen zu finden ¹⁾. Die Ursachen dafür sind verschiedenartig und reichen von wenig sorgfältiger Subsumtion oder Begründung infolge ähnlicher Präjudizien, über fall- und gruppentypische Wertungen bis hin zu historisch bedingten Eigenheiten und daraus resultierenden spezifischen Regeln. Eine Untersuchung derartiger Haftungsblöcke, **speziell** der Drittersatzberechtigung bzw. Drittbestimmung in diesen Bereichen, ist deshalb von erheblichem Interesse, auch im Hinblick auf mögliche Auswirkungen der neuen Tendenzen einer verstärkten Interessenabwägung, insbesondere des Drittschutzinteresses.

a) Verkäufer- bzw. Herstellerhaftung

Als bislang vorliegendes Resultat der sich wandelnden Interessenbewertung im Bereich der "products liability" zeigt sich ein erheblich verstärkter Rechtsschutz für Käufer und Verbraucher. Zum Ausdruck kommt dies sowohl in der Ausweitung vertragsrechtlicher Regreßmöglichkeiten,²⁾ als auch in verschärfter deliktischer Haftung. Der sich in dieser Fallgruppe auf Verkäufer, Zulieferer und überwiegend Hersteller ³⁾ erstreckende

1) Wegen der überwiegenden Zahl der Fälle im Bereich der Fahrlässigkeitshaftung werden die Fallgruppen als ein Unterpunkt zu "Drittbestimmung im Bereich der "negligence"-Haftung erörtert.

2) Soweit man "warranty" als vertragsrechtlich bezeichnen kann.

3) Zu den begrifflichen Ungenauigkeiten und Ungereimtheiten vgl. Marschall v. Bieberstein, 12.

Kreis von Verantwortlichen mag weit gezogen erscheinen, zumal in den einschlägigen §§ 2 - 318 des Uniform Commercial Code sowie 402 A des Restatement (2d) of Torts nur von einem "seller" gesprochen wird. Die Berechtigung dazu ergibt sich jedoch aus der Tatsache, daß es letztlich um Ersatz von Schäden geht, die durch ein fehlerhaftes Produkt entstanden sind; dazu sollen aus Gründen des Verbraucherschutzes möglich alle an einer Veräußerungskette Beteiligten in Anspruch genommen werden können. Ist demnach im folgenden von Produkthaftung die Rede, so ist damit die rechtliche Beziehung zwischen Produzent und Konsument ebenso erfaßt wie die zwischen Verkäufer und Käufer.

Eine ausführliche Darstellung der Entwicklung der "products liability" würde den Rahmen dieser Arbeit und des zu erörternden Themenkreises sprengen. Gleichermaßen kann auf Abgrenzungsversuche und die bei der dogmatischen Einordnung bestehenden Schwierigkeiten nicht weiter eingegangen werden. Dem Beispiel verschiedener neuerer Beiträge folgend ¹⁾ soll zur Vertiefung dieser Fragen vielmehr ein Hinweis auf die dazu vorliegende umfangreiche Literatur genügen ²⁾.

1) Vgl. Schlechtriem, 199; Marshall v. Bieberstein, 11 f.

2) Es können hier nur einige Beiträge genannt werden, weitere Nachweise bei Schlechtriem und Marshall v. Bieberstein jeweils aaO.
In deutscher Sprache: Lorenz, RabelsZ 34 (1970), 14 ff. (42 ff.); ders., Haftung des Warenherstellers, 5 ff. (27 ff.); Dollinger, ZfRV 1972, 141 ff.; Diederichsen, 244 ff.; Kessler, Festschrift für E. Wahl, 81 ff. (93 ff.); v. Westphalen, 9 ff.; Schmidt-Salzer, Produkthaftung, 101 ff. Amerikanisches Schrifttum: statt vieler Prosser, Torts, §§ 96 ff. (641 ff.); ders., 69 Yale L.J. 1099 ff. (1960); ders., 50 Minn.L.Rev. 791 ff. (1966); Kessler, 74 Yale L.J. 887 ff. (1967); die Gesamterwerke von Frumer & Friedman, Products Liability; Hursh & Bailey, American Law of Products Liability (2d); CCH Prod.Liab.Rep.; weiterhin die Beiträge von Shapo, 60 Va.L.Rev. 1113 ff. (1974); Symposium, Products Liability, 57 Marquette L.Rev. 623 ff. (1974); Speidel, 40 Tenn.L.Rev. 309 ff. (1973); Calabresi & Hirschhoff, 81 Yale L.J. 1055 ff. (1972); Titus, 22 Stan.L.Rev. 713 ff. (1970); Mc Kean, 38 U.Chi.L.Rev. 3 ff. (1970); Gilmore, 38 U.Chi.L.Rev. 103 ff. (1970); Franklin, 18 Stan.L.Rev. 974 ff. (1966); Freedman, 10 Practical Lawyer, 49 ff. (1964).

Die gegenwärtig weitgehend gefestigten Grundsätze der Verkäufer- bzw. Herstellerhaftung dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich hier noch immer um ein sehr komplexes und an Problemen reiches Gebiet handelt. In ihrem Schwerpunkt müssen sich die folgenden Ausführungen im wesentlichen auf die Teilproblematik der Konkretisierung ersatzberechtigter Personen beschränken und sind auch nur in diesem Zusammenhang zu sehen.

aa) "negligence"

Am Ende einer bis dahin unsicheren Rechtslage und am eigentlichen Anfang des vielschichtigen "law of products liability" steht der berühmte Fall *Mac Pherson v. Buick Motor Co.* ¹⁾ In dieser Entscheidung wird dem Geschädigten ein Ersatzanspruch unmittelbar gegen den Hersteller eines Kfz zugebilligt und die Anwendung allgemeiner "negligence" - und damit deliktsrechtlicher Grundsätze im Bereich der Produkthaftung befürwortet. Sämtliche Einzelstaaten haben sich inzwischen diesem Urteil angeschlossen und es anerkannt ²⁾.

Wenn auch die Anzahl der allein auf "negligence" gestützten Klagen durch die gegenwärtige Entwicklung stark rückläufig ist, so bestätigen dennoch neuere Entscheidungen ³⁾, daß nicht ausschließlich auf eine "strikte" Haftung abgestellt wird. Prossers Argumentation ⁴⁾, daß viele Anwälte deshalb in "negligence"-

1) *Mac Pherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916); vgl. schon oben S.143.

2) Vgl. Prosser, Torts, § 96 (643).

3) Vgl. u.a. *Temple Sinai-Suburban Reform Temple v. Richmond*, 112 R.I. 234, 308 A. 2d 508 (1973); *Mc Donough v. Whalen*, 313 N.E. 2d 435 (Mass. 1974); *Davis v. E.J. Du Pont De Nemours & Co., Inc.*, 400 F.Supp. 1347 (W.D.N.C. 1974).

4) Vgl. Prosser, Torts, § 96 (644 Fn. 39).

Kategorien plädierten, weil sie mit den "strict liability"-Regeln nicht vertraut seien, wird man allerdings inzwischen nicht mehr zustimmen können. Im Prozeß wird "negligence" zumeist neben den anderen Anspruchsgrundlagen angeführt, tritt jedoch bei deren Vorliegen zurück. Man möchte auf diese Weise alle rechtlichen Möglichkeiten ausschöpfen und erreichen, daß bei Zweifeln an einer "strict liability" durch das zusätzliche Vorbringen die verbraucherfreundliche Jury konsultiert und evtl. zu einer Entscheidung über das Merkmal "breach of duty" herangezogen werden kann¹⁾.

Die schon generell angesprochenen Vor- und Nachteile der "negligence"-Klage lassen sich hier in einigen Punkten konkreter formulieren. Die Rechtsposition von Kläger und Beklagtem könnte zunächst beeinträchtigt sein durch unterschiedliche Verjährungsfristen, die bei deliktischen Ansprüchen grundsätzlich kürzer sind als bei "warranty", jedoch erst ab Verletzungseintritt gerechnet werden. Sofern überhaupt von einer einheitlichen Linie gesprochen werden kann²⁾, versucht man diesen Problemen durch allgemeine und gleichmäßige Anwendung der Fristen aus dem Deliktsrecht zu begegnen. Dazu wird entweder der Verstoß gegen die Garantiezusage als Delikt gewertet³⁾, oder man beruft sich auf Verjährungsgesetze, die an dem verletzten Rechtsgut und nicht der "form of action" oder "cause of action" ausgerichtet bzw. darauf bezogen sind⁴⁾. Neue und noch ungelöste Konflikte ergeben

1) Vgl. Marshall v. Bieberstein, 13.

2) Marshall v. Bieberstein, 87 ff. stellt die einzelstaatlichen Differenzen heraus.

3) Vgl. den bei Schlechtriem, 204 besprochenen Fall Schlick v. New York Dugan Bros., Inc., 22 N.Y.S. 2d 238 (N.Y. City Ct. 1940).

4) Zu der historischen Entwicklung der Verjährungsgesetze und ihre jeweiligen Bezugspunkte vgl. Schlechtriem, 204 und Ruud, 8 UCLA L.Rev. 251 ff. (1961).
Als Beispielsfall mag ansonsten Seymour v. Union News Co., 349 Ill.App. 197, 110 N.E. 2d 475 (1953) dienen.

sich allerdings zwangsläufig durch die eigens auf die besondere Situation von Verkäufer und Käufer zugeschnittenen Bestimmungen des Uniform Commercial Code (§ 2-725 (1)) und die dort vorgeschriebene Vierjahresfrist ¹⁾.

Neben dem Nachteil, daß der Geschädigte mit einer auf "negligence" gestützten Klage grundsätzlich keinen Ersatz für reine Vermögensschäden verlangen kann ²⁾, werden als Hauptargumente gegen die Anwendung von "negligence"-Prinzipien im Bereich der "products liability" der für den Kläger ungünstige, kaum zu erbringende, aber dennoch notwendige Verschuldensnachweis und das zu berücksichtigende Mitverschulden vorgebracht. Außer den wenigen Beweiserleichterungen wie u.a. "negligence per se" ³⁾ sowie der Regel "res ipsa loquitur" ⁴⁾ kommt dem Geschädigten zwar zugute, daß der Hersteller/Verkäufer auch für seine Leute haftet, ohne sich exkulpieren zu können ⁵⁾. Eine allgemeine Beweislastumkehr fehlt jedoch.

- 1) Vgl. genauer dazu Schlechtriem, 214; wegen der relativ kurzen Geltungsdauer des Uniform Commercial Code sind noch nicht viele Entscheidungen zu diesem Komplex ergangen, vgl. aber u.a. Berry v. G.D. Searle & Co., 56 Ill. 2d 548, 309 N.E. 2d 550 (1974); Moss v. Polyco, Inc., 522 P. 2d 622 (Okla. 1974); Wetzel v. Commercial Chair Co., 18 Ariz. App. 54, 500 P. 2d 314 (1972).
- 2) Vgl. zu "economic loss" und "tort" Preuss, Vertragsbruch als Delikt, 188 ff.; ansonsten Schmidt-Salzer, Produkthaftung, 109; Schlechtriem, 215 mit Nachweisen in Fn. 80; auch Marschall v. Bieberstein, 49. Ausnahmen gelten in Michigan und Iowa, vgl. US Fibres, Inc. v. Proctor & Schwartz, Inc., 358 F.Supp. 449 (E.D.Mich. 1972); Iowa Electric Light and Power Co. v. Allis Chalmers Mfg. Co., 360 F.Supp. 23 (S.D. Iowa 1973).
- 3) Das Verschulden wird unwiderleglich vermutet, vgl. Schmidt-Salzer, Produkthaftung, 107; Berkebile v. Brantly Helicopter Corp., 225 Pa.Super.Ct. 349, 311 A. 2d 140 (1973).
- 4) Vgl. dazu Schlechtriem, 201; Prosser, Torts, § 103 (672) m.w.N. in Fn. 96; Schmidt-Salzer, Produkthaftung, 107 f.
- 5) "Respondeat superior", vgl. Marschall v. Bieberstein, 13. Hinzuweisen ist noch auf die sog. "food cases" und den für bestimmte Nahrungsmittel ebenso entbehrlichen Verschuldensnachweis; vgl. Schmidt-Salzer, Produkthaftung, 107.

Vorteilhaft könnte sich ein Vorgehen im Wege der "negligence-action" in bezug auf Freizeichnungen oder vereinbarte Haftungsbeschränkungen erweisen. Während im Bereich der "warranty"-Haftung nach dem Uniform Commercial Code (§ 2-316 i.V.m. § 2-719, § 2-302) ¹⁾ derartige "disclaimer" noch beschränkt möglich sind, gilt die Verantwortlichkeit zumindest für Körperverletzungen als freizeichnungsfest. Anders lautende Absprachen stehen im Gegensatz zur "public policy" ²⁾. Konkrete Auswirkungen haben "disclaimers" ohnehin nur im Verhältnis zwischen Hersteller und unmittelbarem Vertragspartner. Eine Haftung bei Schädigung Dritter bleibt unbeeinflusst.

Im Unterschied zum Uniform Commercial Code ³⁾ entfallen für den Käufer weiterhin Rüge- und Untersuchungspflichten. Schließlich ist man seit der Leitentscheidung Carter v. Yardley & Co. ⁴⁾ von der klassischen "privity"-Regel, die selbst bei einer "negligence"-Klage im Rahmen der "products liability" zwingend "privity of contract" verlangte ⁵⁾, inzwischen

1) Vgl. dazu Kessler, 76 Yale L.J. 887, 906 ff. (1967).

2) Vgl. Delta Airlines, Inc. v. Douglas Aircraft Co., 238 Cal.App. 2d 95, 47 Cal.Rptr. 518 (1965); allerdings kann ebenfalls dem Uniform Commercial Code mittelbar die Ungültigkeit solcher Abmachungen entnommen werden, § 1-102 (3). Freizeichnungen im Rahmen der "negligence"-Haftung sind nur ausnahmsweise möglich, unklar dazu Schmidt-Salzer, Produkthaftung, 155; zum ganzen Problemkreis vgl. Franklin, 18 Stan.L.Rev. 974 ff. (1966).

3) § 2-607 (3); § 2-715 (2) (b) comment 5, vgl. Schlechtriem, 211.

4) Carter v. Yardley & Co., 319 Mass. 92, 64 N.E. 2d 693 (1946).

5) Vgl. Curtin v. Somerset, 140 Pa. 70, 21 A. 244 (1891) (dictum).

ganz überwiegend abgerückt ¹⁾, obwohl in der Rechtsprechung einzelner Staaten die traditionellen Thesen - wenn auch abgeschwächt - gelegentlich noch aufgegriffen werden ²⁾.

Bei der engen Verknüpfung von "privity of contract" und ersatzberechtigtem Personenkreis hatte diese Entwicklung zwangsläufig eine erhebliche Haftungsausdehnung zur Folge, und zwar dergestalt, daß außer dem eigentlichen Käufer der Sache noch andere Anspruchsberechtigte wie beispielsweise der Konsument oder "user" der Sache in Betracht gezogen wurden ³⁾. Diese Tendenz fand ihren Niederschlag in der recht weiten Fassung des § 395 des Restatements (1st) of Torts, als man dort nämlich auf diejenigen abstellte, die "in the vicinity of the chattel's probable use" waren.

Durch die genauere Formulierung des Restatement (2d) of Torts in § 395 "a manufacturer who fails to exercise reasonable care in the manufacture of a chattle which, unless carefully made, he should recognize as involving an unreasonable risk of causing physical harm to those who use it for a purpose for which the manufacturer should expect it to be used and to those whom he should expect to be endangered by its probable use, is subject to liability for physical harm caused to them by its lawful use in a manner and for a purpose for which it is supplied" werden die zur Konkretisierung ersatzberechtigter Personen für maßgeblich gehaltenen Elemente wie Vorhersehbarkeit sowie bestimmungsgemäßer und berechtigter Ge-

1) Vgl. als neuere Entscheidung Davis v. E.J. Du Pont De Nemours & Co., Inc., 400 F.Supp. 1347 (W.D.N.C. 1974); ansonsten Hursh & Bailey, Vol. 2, § 10:38 (412 f.) mit umfangreichen Nachweisen über den Stand der Rechtsprechung in den jeweiligen Einzelstaaten.

2) Einen guten Überblick über diese Entscheidungen geben Hursh & Bailey, Vol. 2, § 10:43 (420 ff.).

3) Vgl. Prosser, Torts, § 100 (662).

Gebrauch sehr viel deutlicher erkennbar. Die anhand dieser Kriterien ausgerichtete Einbeziehung des "lawful user" und sogar des "bystander" ¹⁾ in den Kreis anspruchsberechtigter Dritter ist bei der "negligence"-Haftung heute kaum noch zweifelhaft. Sie ist gleichzeitig ein Zeichen dafür, daß verschiedene Faktoren unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Fallgruppe in Erwägung gezogen werden und damit - wenn auch nicht "expressis verbis" - die bei der Bestimmung der "duty to take care" sich allmählich durchsetzenden "policy"-Gesichtspunkte ²⁾ zumindest teilweise aufgegriffen werden.

bb) "breach of warranty"

Schon frühzeitig versuchte man dem wachsenden Bedürfnis nach erhöhtem Verbraucherschutz durch verstärktes Stattgeben von Klagen wegen "breach of warranty" nachzukommen ³⁾. Mit der Begründung, daß der zum Kauf dieser Artikel gezwungene Verbraucher nur geringe Vorsichtsmaßnahmen treffen könne, beschränkte man "warranty" zunächst ausschließlich auf die sogenannten "food cases". Inzwischen werden jedoch sämtliche Produkte einbezogen. Als Rechtfertigung läßt sich außer dem Argument der Prozeßökonomie weiter anführen, daß Hersteller den Eindruck eines gebrauchstauglichen, ungefährlichen etc. Produktes bei der Plazierung auf dem Markt erwecken,

1) Vgl. Gall v. Union Ice Co., 108 Cal.App. 2d 303, 239 P. 2d 48 (1951); Prosser, Torts, § 100 (662) m.w.N. in Fn. 2; zum Begriff des "bystander" eingehender im Rahmen der "strict liability". Vgl. S. 197 ff

2) Vgl. oben S. 157 ff.

3) Vgl. die ersten Fälle Mazetti v. Armour & Co., 75 Wash. 622, 135 P. 633 (1913); als Präjudiz besonders Davis v. Van Camp Packing Co., 189 Iowa 775, 176 N.W. 382 (1920).

und daß nicht die nur zu dem lediglich eine Verteilerfunktion ausübenden Zwischenhändler bestehende vertragliche Beziehung zu einer Klageabweisung mangels "privity" gegenüber dem Verbraucher führen soll.

Durch den deliktischen Ursprung ¹⁾, die später rein vertragsrechtliche Ausgestaltung und die derzeitige "Zwitterstellung" ²⁾ scheint "warranty" ("express" oder "implied") als Anspruchsgrundlage zum Ersatz von Personen-, Sach- und Vermögensschäden besonders geeignet zu sein, zumal der für den Kläger nicht leicht zu führende Verschuldensnachweis entfällt. Die Schwierigkeit besteht allerdings in einer Umgehung des "privity"-Erfordernisses. Die damit angesprochenen Vor- und Nachteile dieser (quasi-)vertraglichen Haftung wurden schon zuvor bei der "negligence-action" offenkundig ³⁾; einerseits nämlich die für den Kläger günstigere Beweisführung, Verjährung und Ersatzmöglichkeit von Vermögensschäden, zum anderen die ihm obliegenden Rüge- und Untersuchungspflichten, eventuelle Freizeichnungen des Beklagten sowie die durch "privity" gestellten Anforderungen.

Erneut gelangt man über eine genauere Betrachtung des "privity"-Prinzips bzw. dessen Überwindung zu der Bestimmung des anspruchsberechtigten Personenkreises. Schwierigkeiten bereitet in diesem Zusammenhang die bei der "warranty"-Haftung häufig festzustellende Differenzierung in "vertical privity" und "horizontal privity" ⁴⁾.

1) Vgl. dazu schon oben S. 93 und S. 100.

2) So Marschall v. Bieberstein, 14.

3) Vgl. oben S. 179 f.

4) Vgl. zu den Begriffen Hursh & Bailey, Vol. 2, § 10:1 (330); Ezer, 8 UCLA L.Rev. 281, 323 ff. (1961); v. Westphalen, 18.
In Einzelfällen ist es durchaus möglich, daß Probleme bzgl. einer "horizontal" und "vertical privity" zusammenfallen bzw. simultan entstehen, vgl. Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc., 32 N.J. 358, 161 A. 2d 69 (1960).

Von dem Verlangen nach "privity" zwischen einem Produzenten, Großhändler etc. und dem Endabnehmer oder Verbraucher ("vertical privity") ist man bei "personal injuries" und "property damages" abgewichen, u.a. durch die Annahme eines Vertrages zugunsten Dritter und Berufung auf das "third party beneficiary"-Konzept ¹⁾ oder durch Konstruktion einer direkten vertraglichen Beziehung ²⁾. Teilweise berief man sich infolge der zu Beginn angedeuteten sprachlichen Ungenauigkeiten sogar auf den Uniform Commercial Code ³⁾, obwohl dort - von wenigen einzelstaatlichen Änderungen abgesehen - ⁴⁾ "vertical privity" ausdrücklich nicht erfaßt ist. Auf diese Weise ist sogar einzelnen "warranty"-Klagen von Dritten, wie einem Arbeitnehmer ⁵⁾, einem Gast ⁶⁾ oder "expected user" ⁷⁾ unmittelbar gegen den Hersteller stattgegeben worden.

-
- 1) Vgl. Rhodes Pharmacal Co. v. Continental Can Co., 72 Ill.App. 2d 362, 219 N.E. 2d 726 (1966).
 - 2) Vgl. Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc., 32 N.J. 358, 161 A. 2d 696 (1960); weitere Theorien und Argumente bei v. Westphalen, 18.
 - 3) Vgl. Picker X-Ray Corp. v. General Motors Corp., 185 A. 2d 919 (Mun.Ct.App.D.C. 1962); Kassab v. Central Soya, 432 Pa. 217, 246 A. 2d 848 (1968); Milbank Mut. Ins. Co. v. Proksch, 244 N.W. 2d 105 (Minn. 1976); dagegen z.B. Stovall & Co. v. Tate, 124 Ga. App. 605, 184 S.E. 2d 834 (1971); weitere Nachweise bei Hursh & Bailey, Vol. 2, § 10:6 (343 ff.).
 - 4) Vgl. die Änderungen in Arkansas, Maine, Massachusetts, Rhode Island und Virginia.
 - 5) Vgl. Murray v. Bullard Co., 110 N.H. 220, 265 A. 2d 309 (1970); Lonczick v. Republic Steel Corp., 6 Ohio St. 2d 227, 218 N.E. 2d 185 (1966).
 - 6) Vgl. Tomczuk v. Cheshire, 26 Conn.Supp. 219, 217 A. 2d 71 (1965).
 - 7) Barth v. B.F. Goodrich Tire Co., 265 Cal.App. 2d 228, 71 Cal.Rptr. 306 (1968).

Weitaus größere Bedeutung - auch und gerade für diese Arbeit - ist der Frage beizumessen, inwieweit nach wie vor an "privity of contract" zwischen dem "seller" und dem Konsumenten bzw. Verbraucher, der nicht gleichzeitig Käufer ist ("horizontal privity"), festgehalten wird. Dieser einstmals strikt eingehaltene Grundsatz wurde von der Rechtsprechung durch zahlreiche Konstruktionen und Theorien ausgehöhlt ¹⁾, vor allem mit Hilfe der "third party beneficiary"-Lehre, auf welcher der Uniform Commercial Code entscheidend aufbaut. Dennoch ist nicht zu übersehen, daß dieses Gesetzeswerk keinen radikalen Abstand von der "privity"-Regel nimmt, wenn es auch weitreichende Ausnahmen fixiert. Nur wenige Staaten haben sich ausdrücklich und generell von diesem Postulat distanziert ²⁾.

Auf dem Uniform Revised Sales Act ³⁾ aufbauend versuchte man in der ersten Formulierung des Uniform Commercial Code das bisherige Fallrecht durch eine Haftungsausdehnung auf diejenigen Dritten zusammenzufassen, deren Beziehung zum Käufer es vernünftigerweise erwarten läßt, daß sie die Kaufsache benutzen, gebrauchen oder von ihr beeinträchtigt werden und die einen Personen- oder Sachschaden erlitten haben ⁴⁾. Man befürchtete jedoch, daß diese nicht unerhebliche Beschränkung der "privity"-Doktrin der angestrebten

1) So bspw. die "agency theory" oder "householdfund theory", vgl. v. Westphalen, 18 m.w.N. und allgemein oben S. 95 ff.

2) Dazu zählen Arkansas, California (für "personal injuries"), Maine, Massachusetts, Tennessee, Virginia; wohl auch Texas und North Dakota.

3) § 43 des Proposed Final Draft Nr. 1, 1944.

4) "To make it reasonable to expect that such person may use, consume, or be affected by the goods and who is injured in person or property by breach of warranty". Vgl. Kessler, Festschrift für E. Wahl, 81 ff. (94).

Rechtsvereinheitlichung und insofern einer generellen Annahme des Gesetzes entgegenstehen könnte. Infolgedessen wurde in § 2-318 des Uniform Commercial Code von 1952 der geschützte Personenkreis folgendermaßen klassifiziert:

"A seller's warranty whether express or implied extends to any natural person who is in the family or household of his buyer or who is a guest in his home if it is reasonable to expect that such person may use, consume, or be affected by the goods and who is injured in person by breach of the warranty. A seller may not exclude or limit the operation of this section."

Bedenken gegen diese strikte Fassung ergeben sich aber deshalb, weil bei genauer Anwendung des Wortlauts z.B. ein Gast im Hause des Käufers zwar geschützt ist, nicht jedoch in dessen Auto oder Büro; weiterhin finden Angestellte oder Arbeiter im Betrieb als Schadensersatzberechtigte keine Berücksichtigung. Andererseits ist dem Verfasserkommentar zu entnehmen, daß über die genannten Gruppen hinaus die Vorschrift "neutral" sein und dem sich entwickelnden Fallrecht hinsichtlich einer Begrenzung oder Erweiterung des geschützten Kreises keine Schranken setzen solle ¹⁾.

Von dieser extensiven Auslegungsmöglichkeit hat die Rechtsprechung hinreichend Gebrauch gemacht. Unbeantwortet blieben allerdings die Fragen nach der Zulässigkeit des Vorgehens der Gerichte nach Maßgabe der "comments", warum der Gesetzgeber eine entsprechende Absicht nicht unmittelbar im Gesetzestext zum Ausdruck gebracht hat und wie das Verhältnis von Gesetz und Verfasserkommentar überhaupt zu beurteilen ist ²⁾.

1) So der Wortlaut von comment 3.

2) Vgl. zu der letzten Frage v. Westphalen, 105 ff.

Der Permanent Editorial Board for the Uniform Commercial Code sah sich deshalb zu einem Kompromiß veranlaßt, verabschiedete § 2-318 in drei verschiedenen Versionen und stellte diese den einzelnen Bundesstaaten zur Auswahl. Die bisherige Fassung wurde zur Alternative A; als Alternative B übernahm man den Text des Code von 1950:

"A seller's warranty whether express or implied extends to any natural person who may reasonably be expected to use, consume, or be affected by the goods and who is injured in person by breach of the warranty. A seller may not exclude or limit the operation of this section."

Schließlich formulierte man die Alternative C in Anlehnung an das Restatement (2d) of Torts, § 402 A:

"A seller's warranty whether express or implied extends to any person who may reasonably be expected to use, consume, or be affected by the goods and who is injured by breach of the warranty. A seller may not exclude or limit the operation of this section with respect to injury to the person of an individual to whom the warranty extends."

Unter Beibehaltung der Kommentierung, die der Rechtsprechung weiterhin eine Erweiterung oder Begrenzung des anspruchsberechtigten Personenkreises überläßt, geht auch der aktuelle Gesetzestext von der "third-party beneficiary"-Theorie als Basis aus. Bei dieser ausdrücklichen Normierung einer Schadensersatzpflicht aus "warranty" gegenüber bestimmten Dritten geht es gerade nicht um die Schaffung einer neuen, vom Restatement (2d) of Contracts unabhängigen Gruppe von "third-party beneficiaries" ¹⁾. Vielmehr kann § 2-318 des Uniform Commercial Code als gesetzliche Bestätigung dafür angesehen werden, daß Ansprüche Dritter entsprechend den allgemeinen Grundsätzen zum "third-party beneficiary contract" und des Restatements (2d) of

1) So aber Note, 64 ColL.Rev. 916, 924 (1964) und v. Westphalen, 95 Fn. 1.

Contracts ("intent"-Konzeption) nicht nur auf die vertragliche Hauptleistung - infolge Schenkung, Schuldtilgung oder Erfüllung einer Verbindlichkeit - beschränkt bleiben müssen, sondern gleichfalls auf Schadensersatz ausgedehnt werden können ¹⁾.

Auf Grund der Bedeutung des § 2-318 des Uniform Commercial Code für den zu erörternden Problemkreis erscheint ein vertiefender Blick auf die einzelstaatlichen Besonderheiten erforderlich.

Die Alternative A haben immerhin 25 Bundesstaaten ohne verbale Änderung übernommen, allerdings wurde der geschützte Personenkreis nicht selten durch das jeweilige Fallrecht zumindest auf "employees" ausgedehnt ²⁾. Eine abgewandelte Form dieser Alternative gilt in weiteren 4 Staaten. Während in einem angefügten § 318.1 des Arkansas Uniform Commercial Code auf

1) Vgl. dazu oben S. 114 ff. und S. 133 ff.

2) So eindeutig in 8 Staaten, vgl. Delta Oxygen Co. v. Scott, 238 Ark. 534, 383 S.W. 2d 885 (1964) mit dem Vorschlag einer Erweiterung des § 2-318, Alternative A auf Arbeitnehmer; "Quick-Way" Truck Shovel Co. v. Great American Insurance Co., 314 F. 2d 702 (10th Cir. 1963) unter Anwendung des Rechts von Idaho; Withers v. Sterling Drug, Inc., 319 F.Supp. 878 (S.D.Ind. 1970); Wagner v. Larson, 257 Iowa 1202, 136 N.W. 2d 312 (1965); Murray v. Bullard Co., 110 N.H. 220, 265 A. 2d 309 (1970), der Uniform Commercial Code selbst rechtfertigte schon eine Einbeziehung von "employees"; Cintrone v. Hertz Truck Leasing & Rental Service, 45 N.J. 434, 212 A. 2d 769 (1965); Lonerrick v. Republic Steel Corp., 6 Ohio St. 2d 227, 218 N.E. 2d 185 (1966); Speed Fasteners, Inc. v. Newson, 382 F. 2d 395 (10th Cir. 1967) unter Anwendung des Rechts von Oklahoma; Nederostek v. Endicott-Johnson Shoe Co., 415 Pa. 136, 202 A. 2d 72 (1964); mittelbar durch den Ausschluß von "privity" Dawson v. Canteen Corp., 212 S.E. 2d 82 (W.Va. 1975); gegen die Einbeziehung von "employees" ausdrücklich Long v. Flanigan Warehouse Co., 79 Nev. 241, 382 P. 2d 399 (1963).

("vertical") "privity" verzichtet wird ¹⁾, entspricht der Zusatz in Connecticut dem Tenor der Kommentierung (Comment 3) ²⁾, denn es wird die "Neutralität" des Code bzgl. einer Ausdehnung des Kreises klageberechtigter Dritter durch "case law" oder "statutory law" gesetzlich festgelegt. In Florida sind "employees", "servants" sowie "agents" des Käufers konkret in den Schutzbereich des § 2-318 Uniform Commercial Code einbezogen, und in Maryland ist der erweiternde Zusatz "or any other ultimate consumer or user of the goods or person affected thereby" zu finden.

Die personellen Beschränkungen der anerkannten Alternative A werden weiterhin durch § 23-3004 des Tennessee Code und die darin enthaltene generelle Ablehnung des "privity"-Erfordernisses überwunden ³⁾. Von der zuvor gültigen Alternative A rückte man schließlich in Maine und Massachusetts ab und formulierte eine eigene Version, die sich gegen "privity" insgesamt richtet und zur Bestimmung der Anspruchsberechtigten auf die bekannten Kriterien verweist ⁴⁾.

Die Alternative B wurde unverändert nur in Kansas und mit unwesentlichen Wortumstellungen in Alabama und Vermont angenommen. Die Fassung von South Carolina

-
- 1) Kriterium ist "if the plaintiff was a person whom the manufacturer or seller might reasonably have expected to use, consume or be affected by the goods."
 - 2) Vgl. oben S. 187.
 - 3) Der Alternative A kann jedoch noch deshalb Bedeutung zukommen, weil der § 23-3004 des Tennessee Code keine rückwirkende Kraft hat.
 - 4) Die in Maine seit 1969 und in Massachusetts seit 1971 gültige Fassung lautet, "... lack of privity between plaintiff and defendant shall be no defense in any action brought against the manufacturer, seller, or supplier of goods to recover damages for breach of warranty, express or implied, or for negligence, although the plaintiff did not purchase the goods from the defendant, if the plaintiff was a person whom the manufacturer, seller, or supplier might reasonably have expected to use, consume, or be affected by the goods."

schließt die Verantwortlichkeit für "property damages" zusätzlich ein und schließlich hat das Fehlen der Worte "in person" in Delaware zur Folge, daß Ersatz auch für andere als Personenschäden verlangt werden kann. Die Merkmale zur Konkretisierung der Anspruchsberechtigten werden nicht angezweifelt.

Abgesehen von einer teilweisen Modifizierung hinsichtlich der Freizeichnungsmöglichkeiten ¹⁾ ist in sechs Staaten der vom Editorial Board vorgeschlagene Text der Alternative C anerkannt ²⁾; dazu kommt Rhode Island, in dessen Code die Erstreckung der "warranty"-Haftung auf "manufacturers and packers" ergänzend erwähnt wird.

Auf einige Besonderheiten bleibt noch hinzuweisen. So bleibt die Beurteilung darüber, ob bestimmte Dritte Ersatzansprüche durchsetzen können nach dem Code von Texas allein den Gerichten überlassen ³⁾.

Von einem eigenstaatlichen "Anti Privity Statute" ⁴⁾ ausgehend, und ohne eine der Alternativen jemals angenommen zu haben, einigte man sich in Virginia auf eine Version, die mit den in Maine und Massachussetts gültigen Fassungen des § 2-318 nahezu identisch ist ⁵⁾ -

1) So in den vier Staaten Colorado, Minnesota, South Dakota und Wyoming.

2) Außer in den soeben genannten noch in Hawaii und North Dakota.

3) "... the Code does not provide whether anyone other than a buyer may take advantage of an express or implied warranty of quality made to the buyer or whether the buyer or anyone entitled to take advantage of a warranty made to the buyer may sue a third party other than the immediate seller for deficiencies in the quality of the goods, and recites further that these matters are left to the courts for their determination." Hursh & Bailey, Vol. 2, § 10.43 (483).

4) Vgl. dazu den Beitrag von Speidel, 51 Va.L.Rev. 804 ff. (1965).

5) Vgl. Fn. 4 auf der Seite zuvor.

also auf "privity" verzichtend, auf "manufacturer" ausgedehnt und die bekannten Begrenzungsmerkmale enthaltend.

California und Utah haben den § 2-318 Uniform Commercial Code überhaupt nicht eingeführt. Durch generelle Ablehnung von "privity" bei sämtlichen "personal injuries actions" wurde in California der geschützte Personenkreis im Verhältnis zur Alternative A erweitert, so daß bspw. "employees" Schadensersatzansprüche zugesprochen wurden ¹⁾. In Utah ist eine eindeutige Stellungnahme zum "privity"-Erfordernis nicht ersichtlich, außer bei den sog. "food-cases", für die auch Louisiana, das weder den United Sales Act noch den Uniform Commercial Code als Gesetz erlassen hat, ausnahmsweise von dem Verlangen nach einer direkten vertraglichen Beziehung zwischen Kläger und Beklagtem absieht.

Insgesamt bleibt festzuhalten, daß sich außer dem Käufer bestimmte andere Personen oder -gruppen auf den Schutz des Uniform Commercial Code berufen können, darunter unstreitig Familienmitglieder, Haushaltsangehörige, Gäste als "user" oder "consumer" sowie weitgehend "employees". Darüberhinaus sind der richterlichen Ausweitung des Kreises ersatzberechtigter Dritter nur selten enge Schranken gesetzt, schon gar nicht in den Staaten, die von der Alternative A abweichen, sei es durch Änderung des Wortlauts oder durch Übernahme der Alternativen B oder C. Der "privity"-Grundsatz ist durch Inhalt, Geltungsbereich und Auslegung des § 2-318 Uniform Commercial Code derart zurückgedrängt - wenn nicht ohnehin schon durch Gesetz beseitigt -, daß er als Abgrenzungskriterium im Rahmen der Drittbestimmung nicht mehr in Betracht kommen

1) Vgl. Vallis v. Canada Dry Ginger Ale, Inc., 190 Cal. App. 2d 35, 11 Cal.Rptr. 823 (1961); außerdem Kessler, Festschrift für E. Wahl, 81 ff. (95).

kommen kann. Ausschlaggebend ist stattdessen "if it is reasonable to expect that such person may use, consume or be affected by the goods" ¹⁾.

cc) "strict liability in tort"

Die mit der Verdrängung des "privity"-Prinzips verbundene Ausdehnung der "warranty"-Haftung darf nicht über die Tatsache hinwegtäuschen, daß ein Schadensausgleich in derartigen Fällen eigentlich nach den Maximen des Deliktsrechts erfolgen müßte. Berücksichtigt man neben diesem Bestreben nach einer korrekten dogmatischen Einordnung ("Methodenehrlichkeit") noch die Beweisschwierigkeiten bei der "negligence-action" sowie die gegen ein (quasi-) vertragliches Vorgehen sprechenden Praktikabilitätsgesichtspunkte - "privity, notice requirement", Haftungsfreizeichnung, etc. - so wird die Entwicklung der strikten, verschuldensunabhängigen Verantwortlichkeit transparenter und ihre Ausbreitung wie Popularität eher verständlich ²⁾. Sobald sich die Gelegenheit dazu ergab, entschieden sich die Gerichte, anfangs noch zurückhaltend, inzwischen aber nahezu einhellig für die Anerkennung einer "strict tort liability" ³⁾.

1) So in allen drei Alternativen. Vgl. dazu auch v. Westphalen, 109 f.

2) Zur Vertiefung vgl. Prosser, 69 Yale L.J. 1099 ff. (1960); ders., 50 Minn.L.Rev. 791 ff. (1966); ders., 5 Gonzaga L.Rev. 157 ff. (1970); Kessler, 76 Yale L.J. 887 ff. (1967); Calabresi & Hirschhoff, 81 Yale L.J. 1055 ff. (1972); Dollinger, ZfRV 1972, 141 ff.; Shanker, 17 W.Res.L.Rev. 5 ff. (1965); ders., 21 Case W.Res.L.Rev. 772 ff. (1970).

3) Vgl. zum Stand der Meinungen ausführlich, jeweils mit Nachw. aus der Rechtsprechung Hursh & Bailey, Vol. 1, § 4:41 (759 ff.) sowie Marschall v. Bieberstein, 16 f., allerdings scheint dort die Aufgabe von "privity" mit der Anerkennung der "strict liability in tort" gleichgesetzt zu werden - das jedoch ist nicht zwingend notwendig.

Es gilt allerdings herauszustellen, daß diese Anspruchsgrundlage die bereits bekannten Haftungsregeln nicht ersetzen, sondern neben ihnen gelten soll. Zwangsläufig werden damit Probleme der Konkurrenz und der Anwendbarkeit aufgeworfen, zu denen ein breites Meinungsspektrum im Schrifttum vorliegt, dessen Vertiefung sich jedoch erübrigt ¹⁾. Die Tendenz geht dahin, daß dem Kläger bei Personenschäden sämtliche Anspruchsgrundlagen zur Verfügung stehen sollen ²⁾. Demzufolge werden viele Klagen auf "warranty" und "strict liability in tort" gestützt, schon deshalb, um mögliche Nachteile wegen nicht korrekten Vorbringens oder Formulierens zu vermeiden ³⁾.

Mit der Einführung der "strict liability in tort" erstrebt man zweifellos einen noch effektiveren Verbraucherschutz, der jedoch nicht gleichbedeutend sein konnte und sollte mit einer absoluten Verantwortlichkeit der Warenhersteller/Verkäufer für jegliche Schäden, die durch den Ge- oder Verbrauch ihrer Produkte entstanden sind. Die notwendigen Begrenzungen wurden von der Rechtsprechung in Form von bestimmten Voraussetzungen geschaffen, die sich im wesentlichen in § 402 A des Restatement (2d) of Torts widerspiegeln:

"Special liability of Seller of Product for Physical Harm to User or Consumer

-
- 1) Hinweise auf die unterschiedlichen Ansichten und deren Fundstellen gibt Schlechtriem, 212 f.
 - 2) Vgl. etwa Traynor, 32 Tenn.L.Rev. 363 ff. (1965); Littlefield, 18 W.Res.L.Rev. 10 ff. (1966).
 - 3) Vgl. Marschall v. Bieberstein, 15 m.w.N. Gleichermaßen wird anerkannt, wenn ein Verletzter sich sowohl auf "negligence" als auch auf "strict liability in tort" beruft; vgl. oben S. 178 f. und Jiminez v. Sears, Roebuck & Co., 4 Cal. 3d 379, 482 P. 2d 681, 93 Cal.Rptr. 769 (1971); Palmer v. Massey-Ferguson, Inc., 3 Wash.App. 508, 476 P. 2d 713 (1970).

- (1) One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer or to his property, if
 - a) the seller is engaged in the business of selling such a product, and
 - b) it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold.
- (2) The rule stated in Subsection(1) applies although
 - a) the seller has exercised all possible care in the preparation and sale of his product, and
 - b) the user or consumer has not bought the product from or entered into any contractual relation with the seller." 1)

Als Hauptelement der "strict liability in tort" ist die Fehlerhaftigkeit des betreffenden Produktes zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens anzusehen, die vom Kläger nachzuweisen ist ²⁾. Es herrscht inzwischen Einigkeit darüber, daß man sich zur Bestimmung des Merkmals "defective condition and/or unreasonable dangerous" nicht einer - ohnehin kaum aufstellbaren - generellen Definition bedienen oder sich daran ausrichten kann, zu viele unterschiedliche Faktoren können von Fall zu Fall bedeutsam werden, so u.a. das Bestehen bzw. die Mißachtung von Warn- und Aufklärungspflichten oder einer "duty to design"; die Berücksichtigung von Produkten, die unvermeidbar unsicher sind; der vorhersehbare, normale Gebrauch - hier werden Verschuldenselemente erkennbar ³⁾.

1) Fassung von 1965.

- 2) Vgl. zu der Streitfrage, ob der Kläger außer dem "defect" zusätzlich noch dessen "unreasonability" zu beweisen hat, Marschall v. Bieberstein, 78; Schmidt-Salzer, Produkthaftung, 158 ff. sowie die Entscheidungen Cronin v. J.B.E. Olson Corp., 104 Cal.Rptr. 433, 501 P. 2d 1153 (1972) - nur "defect"- und Kirkland v. General Motors Corp., 521 P. 2d 1353 (Okla. 1974) - "defect and unreasonably dangerous".
- 3) Vgl. Schmidt-Salzer, Produkthaftung, 128 f.; zu den einzelnen Kriterien vgl. Marschall v. Bieberstein, 56 ff.; Schmidt-Salzer, Produkthaftung, 111 ff.; Hursh & Bailey, Vol. 1, §§ 4:10 ff. (660 ff.) jeweils mit Nachweisen.

Weiterhin hat der Verletzte noch zu beweisen, daß der auszugleichende Schaden durch das fehlerhafte Produkt verursacht wurde (Kausalität). Die einzelnen Merkmale und Anforderungen der "strict liability in tort" werden von der Rechtsprechung meist vermengt. Ohnehin ist eine klare Trennung oder Fixierung der relevanten Gesichtspunkte im Verlauf der sich rasch wandelnden rechtlichen und wirtschaftlichen Anschauungen nahezu unmöglich.

Bei der Konkretisierung des anspruchsberechtigten Personenkreises werden die Bemühungen der Gerichte um eine sinnvolle Begrenzung der "strict liability in tort" erneut deutlich. Obwohl man nunmehr keine Rücksicht mehr zu nehmen braucht auf eine konstruierte "implied warranty" oder auf die Forderung nach "privity of contract", bleibt man bei "user or consumer" als neben dem Käufer geschützten Dritten. Den einschlägigen Entscheidungen und der Kommentierung des § 402 A Restatement (2d) of Torts, Comment 1 entsprechend zählen dazu immerhin Familien- und Haushaltsangehörige ¹⁾, Gäste ²⁾ und Kunden ³⁾ des Käufers sowie im Gegensatz zur "warranty" unstreitig dessen "employees" ⁴⁾, sofern diese an bzw. mit dem Produkt zu arbeiten haben.

-
- 1) Vgl. statt vieler Webb v. Zern, 422 Pa. 424, 220 A. 2d 853 (1966) (Sohn); Crusan v. Aluminium Co. of America, 250 F.Supp. 863 (E.D.Tex. 1965) (Ehefrau).
 - 2) Vgl. § 402 A Restatement (2d) of Torts comment 1, "guest at his table"; Hacker v. Rector, 250 F.Supp. 300 (W.D.Mo. 1966); Wagner v. Coronet Hotel, 10 Ariz.App. 296, 458 P. 2d 390 (1969) (Gast im Hotel).
 - 3) Vgl. Garthwait v. Burgio, 153 Conn. 284, 216 A. 2d 189 (1965); Dippel v. Sciano, 37 Wis. 2d 443, 155 N.W. 2d 55 (1967).
 - 4) Vgl. Velez v. Craine & Clark Lumber Corp., 33 N.Y. 2d 117, 350 N.Y.S. 2d 617, 305 N.E. 2d 750 (1973); Gelsumino v. E.W. Bliss Co., 10 Ill.App. 3d 604, 295 N.E. 2d 110 (1973) sowie die umfangreichen Nachweise bei Marschall v. Bieberstein, 45 Fn. 138.

Deliktischer Schutz soll aber auch und gerade denjenigen zuteil werden, die nicht wie Käufer, "user" oder "consumer" ein Produkt sorgfältig auswählen, besonders instruiert und vor Gefahren gewarnt werden können. Mit dieser Begründung wandte man sich mit Erfolg gegen die anfängliche Abneigung diese sog. "bystander" ¹⁾ zu den Ersatzberechtigten einer "strict liability in tort" zu zählen ²⁾. Trotz einiger gegenteiliger Entscheidungen ³⁾ hat sich inzwischen eine weitgehend gefestigte Rechtsprechung herausgebildet, die "bystander" als schutzwürdige Dritte einbezieht ⁴⁾.

Als solche werden gelegentlich völlig Unbeteiligte und Außenstehende anerkannt - meist Beifahrer bei Unfällen von Kraftfahrzeugen ⁵⁾. In anderen Fällen

-
- 1) Eine Übersetzung wie "außenstehende Dritte", "Umherstehende", "Zuschauer" wäre ungenau, vgl. Marschall v. Bieberstein, 41 f.
 - 2) Vgl. Comment, 38 U.Chi.L.Rev. 625 ff. (1971); Marschall 48 N.Y.U.L. Rev. 1065, 1109 (1974); Marschall v. Bieberstein, 42; Schmidt-Salzer, Produkthaftung, 147.
 - 3) Vgl. u.a. Davidson v. Leadingham, 294 F.Supp. 155 (E.D.Ky. 1968).
 - 4) Vgl. an neueren Entscheidungen Moss v. Polyco, Inc., 522 P. 2d 622 (Okla. 1974); Putensen v. Clay Adams, Inc., 12 Cal.App. 3d 1062, 91 Cal.Rptr. 319 (1970); Embs v. Pepsi-Cola Bot.Co.of Lexington, 528 S.W. 2d 703 (Ct.App.Ky. 1975); West v. Caterpillar Tractor Co., Inc., 336 So. 2d 80 (Fla. 1976). Comment, 38 U.Chi.L.Rev. 625 ff. (1971) m.w.N.; das Restatement (2d) of Torts äußert in einem "Caveat" zu § 402 A ausdrücklich "no opinion" zum Komplex der "bystander".
 - 5) Vgl. Codling v. Paglia, 32 N.Y. 2d 330, 345 N.Y.S. 2d 461, 298 N.E. 2d 622 (1973); Elmore v. American Motors Corp., 70 Cal. 2d 578, 451 P. 2d 84; 75 Cal. Rptr. 652 (1969).

ist eine gewisse Beziehung oder Verbindung zum Erwerber nicht zu verkennen, so in der von Marshall v. Bieberstein ¹⁾ angeführten Entscheidung Toombs v. Fort Pierce Gas Co., ²⁾ in der Mietern eines Hauses Ersatzansprüche gegen eine Propangasfirma für Schäden zugesprochen wurden, die sie durch einen explodierenden Tank erlitten hatten, der bei einem anderen Mieter installiert worden war ³⁾. Ähnliches gilt für die Klagen von "employees", deren Position als "bystander" entweder daraus resultiert, daß sie - obwohl nicht bei dem Käufer angestellt - bei der Benutzung des Produktes durch den Endverbraucher diesem assistiert ⁴⁾ oder in unmittelbarer Nähe gearbeitet und sich dabei verletzt haben ⁵⁾, oder daß sie zwar "employees" des "purchaser", jedoch nicht zur Arbeit an oder mit dem betreffenden Produkt eingeteilt sind ⁶⁾.

1) Marshall v. Bieberstein, 43.

2) Toombs v. Fort Pierce Gas Co., 208 So. 2d 615 (Fla. 1968).

3) Vgl. weiterhin Howes v. Hansen, 56 Wis. 2d 247, 201 N.W. 2d 825 (1972), hier wurde das Kind eines Mieters durch einen vom Beklagten hergestellten Rasenmäher verletzt. Der Eigentümer des Mähers hatte einen seiner Angestellten mit der Arbeit beauftragt; Monsanto Company v. Alden Leeds, Inc., 130 N.J. Super. 245, 326 A. 2d 90 (1974), als schadensersatzberechtigt wurde der "landlord of a commercial buyer of chemicals" angesehen.

4) Vgl. Palmer v. Massey-Ferguson, Inc., 3 Wash. App. 508, 476 P. 2d 713 (1970).

5) Vgl. Johnson v. Standard Brands Paint Co., 274 Cal. App. 2d 331, 79 Cal. Rptr. 194 (1969); anschaulich Tucson Industries, Inc., v. Schwartz, 501 P. 2d 936 (Ariz. 1972).

6) Vgl. Wirth v. Clark Equipment Co., 457 F. 2d 1262 (9th Cir. 1972), cert. den. 409 U.S. 876, 34 L.Ed. 2d 129, 93 S.Ct. 127 (1972); Pike v. Frank G. Hough Co., 85 Cal. Rptr. 629, 467 P. 2d 229 (1970); Marshall v. Bieberstein (45) weist zurecht auf ein "Sonderproblem" hin, daß nämlich die Einbeziehung von Arbeitnehmern dem Grundgedanken der Produkthaftung - Ersatzmöglichkeit sonst schutzloser Privatpersonen - eigentlich widerspricht, da "employees" über die Workmen's Compensation Acts (dazu näher Marshall v. Bieberstein, 46 Fn. 139) Ausgleich verlangen können. Sinn und Zweck der zusätzlichen Berücksichtigung von "employees" im Rahmen der "products liability" ist jedoch die stillschweigende Regulierung dieser völlig unzureichenden Entschädigung.

Die moderne Rechtsprechung bedient sich zur Abgrenzung zum "user or consumer" wie auch vor allem zum nicht ersatzberechtigten "bystander" der "foreseeability" bzgl. des bei zweckentsprechender Verwendung des Produktes verursachten Schadens ¹⁾. Diese schon vielfach angewandten und in Zukunft sich gewiß allgemein durchsetzenden Kriterien zur Drittbestimmung kommen sehr anschaulich in *Winnett v. Winnett* ²⁾ zum Ausdruck und verdeutlichen die Abkehr von starren Klassifizierungen und Kategorisierungen, "Under the doctrine of strict liability, the liability of a manufacturer properly encompasses only those individuals to whom injury from a defective product may reasonably be foreseen and only those situations where the product is being used for the purpose for which it was intended or for which it is reasonably foreseeable that it may be used. Foreseeability means that which it is objectively reasonable to expect, not merely what might conceivably occur." ³⁾

b) Miete ("Landlord & Tenant")

aa) "Landlord - tenant relations"

Der deutlich erkennbare geschichtliche Einfluß und ein sich derzeit vollziehender totaler Wandel des amerikanischen Mietrechts machen einführende allgemeine Bemerkungen zum Verhältnis von Vermieter und Mieter erforderlich, nicht zuletzt zum besseren Ver-

1) Vgl. *Putensen v. Clay Adams, Inc.*, 12 Cal.App. 3d 1062, 91 Cal.Rptr. 319 (1970); *Winnett v. Winnett*, 57 Ill. 2d 7, 310 N.E. 2d 1 (1974); *Monsanto Company v. Alden Leeds, Inc.*, 130 N.J.Super. 245, 326 A. 2d 90 (1974); *Embs v. Pepsi-Cola Bot.Co. of Lexington*, 528 S.W. 2d 703 (Ct.App.Ky. 1975); *West v. Caterpillar Tractor Co., Inc.*, 336 So. 2d 80 (Fla. 1976).

2) *Winnett v. Winnett*, 57 Ill. 2d 7, 310 N.E. 2d 1 (1974).

3) aaO., 5.

ständnis - und insoweit vorwiegend darauf ausgerichtet - der sich anschließenden Haftungsfragen. Die Entwicklung des Mietrechts ¹⁾ ist schon insofern bedeutsam, als eine eventuell vertretbare und mögliche Anwendung von Vertragsgrundsätzen zwischen den Beteiligten zu einer Verantwortlichkeit aus "contract" wie aus "tort" führen könnte und damit zu schon angesprochenen Problemen ²⁾.

Die Agrarstruktur des vor dem 14. Jahrhunderts bestehenden Feudalstaates England und der Status von Landherren und Lehen bestimmte zunächst das Verhältnis von "landlord" und "tenant", das als rein vertraglich (schuldrechtlich) angesehen wurde ³⁾. Hinsichtlich des Mietobjekts wurde dem "Mieter" Besitz- oder sonstiger rechtlicher Schutz kaum zuteil ⁴⁾. Die Nutzung des zur Verfügung gestellten Landes und die Abgabe des erwirtschafteten Profits standen im Vordergrund.

1) Gleiches gilt für die Pacht, vgl. Schlechtriem, 225 ff.

2) Die Ausführungen können sich aus diesem Grunde nicht nur auf Deliktsrecht (hier "negligence") beschränken.

3) Vgl. grundsätzlich dazu Powell, § 221 (173); Pollock & Maitland, 111 ff.; American Law of Property § 3, 11 (202); Thompson, § 1016 (7); zusammenfassend Cioffi, 18 N.Y. Law Forum 725 ff. (1973); Lesar, 35 N.Y.U.L.Rev. 1279, 1280 (1960); ders., 9 Kan.L.Rev. 369, 370 (1961); Hicks, 24 Baylor L.Rev. 443, 449 (1972); Harkrider, 26 Mich.L.Rev. 260 ff. (1928); Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 23 ff.; Note, 5 Seton Hall L.Rev. 409, 410 f. (1974); Comment, 40 Fordham L.Rev. 123 ff. (1971).

4) Powell formuliert treffend über den Mieter "one who had no right in the land, but merely the benefit of a contract", § 221, 1 (177); zu den Anspruchsmöglichkeiten im einzelnen vgl. Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 25.

Dem starken Interesse des Mieters an einer ungestörten Besitzausübung und an einer dementsprechenden rechtlichen Position wurde schon bald durch die Anerkennung einer Räumungsklage gegen Unberechtigte Rechnung getragen ¹⁾. Ein "tenant" sollte ähnliche rechtliche Möglichkeiten haben wie der Eigentümer zuvor. Seitdem wurde die Miete ("lease") als "conveyance of real property" ²⁾ oder als "conveyance of an estate in land" ³⁾, also als Eigentumsübertragung für die verabredete Mietzeit angesehen. Die überragende Bedeutung von Eigentum an Grund und Boden in der damals landwirtschaftlich orientierten Gesellschaft kommt darin zum Ausdruck. Wohnungen oder Gebäude, die auf dem betreffenden Grundstück eventuell vorhanden waren, fanden nur untergeordnete Berücksichtigung ⁴⁾.

Wurde nach allgemeiner Auffassung "lease" als "conveyance" charakterisiert, so hatte das zur Folge, daß nunmehr im Verhältnis von Vermieter und Mieter die Prinzipien und Regeln des "property law" dominierten und die des "contract law" verdrängten. Diese Lehre baute auf dem Grundsatz auf, daß der vom "tenant" zu

-
- 1) Es handelt sich um "writ quare ejecit infra terminum" oder auch "action of ejectment", vgl. Cioffi, 18 N.Y.Law Forum, 725, 726 Fn. 8 (1973); Lesar, 35 N.Y.U.L.Rev. 1279, 1280 (1960); die Klage war zunächst beschränkt auf Einräumung von Besitz gegen einen neuen Eigentümer, der vom Vermieter das Mietobjekt erworben hatte.
 - 2) Vgl. Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 26; Note, 5 Seton Hall L.Rev. 409, 410 f. (1974).
 - 3) Vgl. Note, 35 Ohio St.L.J. 212, 215 (1974); ähnlich Murray, 14 Santa Clara Lawyer 356, 357 (1974) "conveyance of a possessory interest in land".
 - 4) "incidental to the agreement", so Note, 35 Ohio St. L.J. 212, 215 (1974); ansonsten Lesar, 9 Kan.L.Rev. 369, 371 (1961); Quinn & Phillips, 38 Fordham L.Rev. 225, 227 (1969); Indritz, 1 New Mexico L.Rev. 1, 41 (1971); Comment, 16 Vill.L.Rev. 710, 711 (1971); Note, 5 Seton Hall L.Rev. 409, 411 (1974); Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 26.

erbringende Mietzins die Gegenleistung für das ihm vom "landlord" einzuräumende Besitzrecht darstellt ¹⁾. Hatte der Vermieter nämlich dem Mieter diese Position verschafft und unterließ während des für die Miete vereinbarten Zeitraumes jegliche Besitzstörung oder sonstige Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs des Mietobjekts, zu dessen Betreten er nun auch kein Recht mehr hatte, so waren seine Pflichten erfüllt ²⁾.

Die traditionell dem Bereich des "property law" zuzuordnenden Theorien der vollkommenen Unabhängigkeit gegenseitig abgegebener Willenserklärungen ("independent covenants") und des Mängelausschlusses ("caveat emptor") standen somit bei der Konkretisierung der Rechtsstellung der beiden Parteien zwangsläufig im Mittelpunkt. Die Lehre der "independent covenants" sah ursprünglich sogar die jedem "lease agreement" eigenen stillschweigenden Versprechen einer ungestörten Überlassung des Besitzes ³⁾ und der Begleichung der Miete als voneinander unabhängig an, so daß sowohl der Mieter bei einer vorsätzlichen Beeinträchtigung seines possessiven Rechtes oder bei einer erforderlichen Räumung des Mietobjektes wegen Unbewohnbarkeit weiterhin zum Entrichten des Mietzinses verpflichtet war, als auch der Vermieter bei Unterbleiben der Mietzahlung kein Kündigungsrecht hatte ⁴⁾. Dieser unhaltbare Zustand veranlaßte die Gerichte zu einer Korrektur

-
- 1) "rent is a quid pro quo for the right of possession", Comment, 40 Fordham L.Rev. 123 ff. (1971); auch Ostrow v. Smulkin, 249 A. 2d 520(Ct.App.D.C.1969).
 - 2) Eingehend dazu Quinn & Phillips, 38 Fordham L.Rev. 225, 227 ff. (1969); Cioffi, 18 N.Y.L. Forum 725, 727 f. (1973); Murray, 14 Santa Clara Lawyer 356, 357 (1974); Comment, 40 Fordham L.Rev. 123, 124 (1971); Note, 5 Seton Hall L.Rev. 409, 411 (1974).
 - 3) "Covenant of quiet enjoyment", vgl. näher Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 32; Quinn & Phillips, 38 Fordham L.Rev. 225, 229 (1969).
 - 4) Quinn & Phillips, 38 Fordham L.Rev. 225, 228 Fn. 4 und 229 Fn. 6 (1969); Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 32.

in Form eines konstruierten synallagmatischen Verhältnisses für diese speziellen "covenants" ¹⁾. An dem Grundsatz der "independent covenants" wurde jedoch für alle sonst im Mietverhältnis ausdrücklich oder stillschweigend abgegebenen Versprechen festgehalten ²⁾.

War also ein Vermieter seiner expliziten Zusicherung zur Reparatur einer Wohnung nicht nachgekommen, so konnte der Mieter wohl eine "action for damages" ³⁾ geltend machen, nicht dagegen - entsprechend seinem vordringlichen Interesse - den Mietzins verweigern ⁴⁾.

Aus der Beurteilung der Miete als "conveyance" resultierte ebenso die Lehre "caveat emptor", die den Mieter und Pächter von Grund und Boden früher zwar wenig berührte, die jedoch noch heute weitgehend Gültigkeit hat. Ein "tenant" hat danach im eigenen Interesse das Mietobjekt vorher zu inspizieren und mögliche Mängel ebenso festzustellen wie die Eignung für den beabsich-

1) Genauer zu dieser Entwicklung Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 33.

2) Vgl. Williston, Contracts, § 890 (589); Quinn & Phillips, 38 Fordham L.Rev. 225, 233 ff. (1969); Note, 5 Seton Hall L.Rev. 409, 413 (1974); Comment, 40 Fordham L.Rev. 123, 124 (1971); schon Stewart v. Childs Co., 86 N.J.L. 648, 650, 92 A. 392, 393 (Ct. Err. & App. 1914).

3) Vgl. Bennett, 16 Tex.L.Rev. 46, 63 (1938); Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 34; Comment, 18 Stan.L.Rev. 1397, 1400 (1966); in der "action for damages" wurden meist nur die Kosten der Reparatur oder der Unterschied zwischen Gebrauchswert mit und ohne Reparatur ersetzt, nur selten wurde Schadenersatz im eigentlichen Sinne gewährt, vgl. Schlechtriem, 227.

4) Vgl. 1 American Law of Property, § 3.11; Murray, 14 Santa Clara Lawyer 356, 358 (1974). Als neues Konzept wurde dann allerdings dem Mieter ein eigenes fristloses Kündigungsrecht zugebilligt ("constructive eviction"); ausführlich dazu vgl. Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 34 ff.; Comment, 13 Baylor L.Rev. 62 ff. (1962).

Die Nachteile sind offensichtlich: Der Mieter trägt das Risiko eventuell später zur Mietzahlung herangezogen zu werden, wenn der Mangel der Mietsache als für eine fristlose Kündigung nicht ausreichend erachtet wird; dazu kommen Schwierigkeiten wegen der akuten Wohnungsknappheit.

tigten Gebrauch. Er ist sonst gezwungen ein Haus oder eine Wohnung mit sämtlichen Fehlern zu übernehmen, die zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden waren ¹⁾ - also "wie besehen" - und in dem gleichen Zustand hat er die Mietsache zurückzugeben ²⁾. Gleichzeitig wurde daraus für den Vermieter gefolgert, daß er, abgesehen von einer anders lautenden Zusicherung, während des vereinbarten Zeitraumes keine Instandsetzungspflicht oder etwa eine Verantwortlichkeit für die Erhaltung der Bewohnbarkeit und Mängelfreiheit habe ³⁾.

-
- 1) Es sei denn, der Mieter hat mit dem Vermieter eine besondere Vereinbarung über mögliche Defekte und deren Beseitigung getroffen.
 - 2) Wegen der Bedeutung von "caveat emptor" - häufig wird auch von "caveat lessee - let the lessee beware" gesprochen - findet man Ausführungen zu dieser Regel in vielen Beiträgen, vgl. u.a. Love, 1975 Wis. L.Rev. 19, 27 ff.; Mc Kibbin, 3 Pepperdine L.Rev. 132, 133 f. (1975); Murray, 14 Santa Clara Lawyer 356, 358 (1974); Cioffi, 18 N.Y.L.Forum 725, 732 (1973); Hamilton, 40 Yale L.J. 1133 ff. (1931); Comment, 40 Fordham L.Rev. 123, 124 (1971); Note, 5 Seton Hall L.Rev. 409, 411 ff. (1974); Prosser, Torts, § 63 (400).
Die Anwendung von "caveat emptor" ist jedoch fast ausschließlich auf "leasing of real property" beschränkt, nachdem das Prinzip sowohl bei "sale of personal property and goods" abgeschafft wurde (vgl. Uniform Commercial Code §§ 2-314, 2-315) als auch bei "real property in the area of new house sales", vgl. Bearman, 14 Vand.L.Rev. 541 ff. (1961); Roberts, 52 Cornell L.Rev. 835 ff. (1967).
 - 3) Ausnahmen davon wurden nur in drei Fällen anerkannt: Bei kurzfristiger Miete eines möblierten Hauses oder Appartements - vgl. Skillern, 44 Denver L.J. 387, 391 f. (1967) - bei Mietobjekten, die sich während der Vertragsverhandlungen noch im Bau befanden - vgl. Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 30 - und dann, wenn der Vermieter positive Kenntnis von einem versteckten Mangel oder gefährlichen Zustand hatte und den Mieter darüber nicht informierte - vgl. u.a. Perkins v. Marsh, 179 Wash. 362, 37 P. 2d 689 (1934) und Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 31.

Die erheblichen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Wandlungen blieben ohne wesentlichen Einfluß auf die bestehenden "common law" Prinzipien zwischen "landlord" und "tenant". Inzwischen kam es dem Mieter, dessen Objekt infolge der Urbanisierung häufig in Wohnblocks oder riesigen Appartementkomplexen der Großstädte gelegen war, der mangels Zeit, Fähigkeit oder Möglichkeit selbst zu kleineren Reparaturen nicht in der Lage war, nicht mehr auf ungestörten Besitz i.S.v. "conveyance of property" an. Vielmehr legte er Wert darauf, daß ihm einigermaßen akzeptabler Wohnraum und gewisse essentielle und notwendige "Dienstleistungen" zur Verfügung gestellt wurden ¹⁾.

Derartiges Abrücken von den festgefahrenen "real property" Grundsätzen und das gleichzeitige Hervorheben des überwiegend vertraglichen Charakters der Miete war Inhalt der wachsenden Kritik an den Entscheidungen der Gerichte. Aber auch andere Faktoren trugen zu einem Überdenken des Mietrechts bei, wie z.B. die eklatante Wohnungsknappheit, die Gründung von Mietervereinen ²⁾ und vor allem die Unzufriedenheit des Gesetzgebers über "caveat emptor", die sich in dem Erlaß vieler "housing codes" ausdrückte, auf die noch zurückzukommen ist.

Diese Gesichtspunkte, dazu die wegen der Betrachtung von "residential leases" als "purchase of shelter" ³⁾ aufgestellten Vergleiche und insofern mögliche Analogien

1) "When American city dwellers, both rich and poor, seek 'shelter' today, they seek a well-known package of goods and services - a package which includes not merely walls and ceilings but also adequate heat, light and ventilation, serviceable plumbing facilities, secure windows and doors, proper sanitation and proper maintenance." so Javins v. First National Realty Corp., 428 F. 2d 1071, 1074 (D.C.Cir. 1970); vgl. dazu auch Schoshinski, 54 Geo.L.J. 519, 535 f. (1966); Bennett, 16 Tex.L.Rev. 45, 72 f. (1938).

2) Zu erwähnen ist weiterhin der verbesserte rechtliche Beistand und die Unterstützung der Armen in gerichtlichen Verfahren.

3) So u.a. Note, 35 Ohio St.L.J. 212, 219 (1974).

zum Uniform Commercial Code ¹⁾, bildeten die Grundlage der Überlegungen, die auf eine mögliche Anwendung von Prinzipien des Kaufrechts in diesem Rahmen gerichtet waren. Außerdem hatten die Gerichte schon bei der Befürwortung einer fristlosen Kündigungsmöglichkeit des Mieters erkennen lassen, daß sie der Anerkennung einer gegenseitigen Abhängigkeit der Erklärungen der Parteien bei einem Mietverhältnis nicht negativ gegenüber standen, um so der strikten Doktrin der "independent covenants" entgegenwirken zu können ²⁾. Vereinzelt wurde sogar ein Synallagma hinsichtlich der Zusicherungen der Parteien bei "commercial leases" ausdrücklich bejaht ³⁾.

Konsequenzen aus dieser Entwicklung und der anhaltenden Diskussion wurden erstmalig in *Pines v. Perssion* ⁴⁾

-
- 1) Eingehende Kritik an den angeblichen Analogien zum Kaufrecht ist bei Donahue, 37 Mod.L.Rev. 242, 257 ff. (1974) zu finden, der im Kern seiner Ausführungen vergeblich nach Parallelen zu dem "remedy of rent abatement" im Uniform Commercial Code sucht. Es soll stattdessen eine Annäherung an das "law of status" erfolgen.
 - 2) Vgl. Hicks, 24 Baylor L.Rev. 443, 460 ff. (1972); Note, 50 B.U.L.Rev. 24 ff. (1970).
 - 3) *Z.B. Jackson v. Pepper Gasoline Co.*, 280 Ky. 226, 113 S.W. 2d 91 (Ct.App. 1939); *University Club of Chicago v. Deakin*, 265 Ill. 257, 106 N.E. 790 (1914); *Medico Dental Bldg. Co. v. Horton & Converse*, 21 Cal. 2d 411, 132 P. 2d 457 (1942); dazu noch Hicks, 24 Baylor L.Rev. 443, 454 ff. (1972).
 - 4) *Pines v. Perssion*, 14 Wis. 2d 590, 111 N.W. 2d 409 (1961). Der Sachverhalt war denkbar einfach und wiederholte sich ständig mit nur geringen Abweichungen. Für ein akademisches Jahr mieteten vier Studenten ein möbliertes Haus, das zum Zeitpunkt des Einzuges total verschmutzt und kaum bewohnbar war. Eine Inspektion durch städtische Beamte ergab daraufhin eine Vielzahl von Verletzungen des örtlichen "housing code". Die Mieter zogen aus, der Anspruch des Vermieters auf Zahlung des verabredeten Mietzinses wurde abgewiesen. Zuvor schon ähnlich in bezug auf "lease as a contract" *Shepard v. Lerner*, 182 Cal.App. 2d 746, 6 Cal.Rptr. 433 (1960).

angedeutet. Abgesehen von einigen Einschränkungen nahm man entschieden Abstand von der Theorie der "independent covenants". Die Vereinbarungen galten fortan als "mutually dependent". Damit wurde die vertragliche Konstruktion von "lease" hervorgehoben. Folgerichtig lehnte man "caveat emptor" für Mietverhältnisse ab zugunsten einer angeblich in jedem Vertrag enthaltenen, stillschweigenden Garantie für die Bewohnbarkeit, gemessen an verkehrsüblichen Maßstäben - "implied warranty of habitability".

Pines v. Perssion stand viele Jahre allein und wurde später sogar von dem gleichen Gericht restriktiv interpretiert ¹⁾, bis endlich gegen Ende der sechziger Jahre die Wandlungen im "landlord-tenant law" in anderen Entscheidungen Berücksichtigung fanden und dadurch ein deutlicher Trend zu einer Charakterisierung auch der Wohnraummiete als "contract containing an implied warranty of habitability (or fitness)" erkennbar wurde ²⁾.

1) Vgl. Posnanski v. Hood, 46 Wis. 2d 172, 174 N.W. 2d 528 (1970).

2) In folgenden Entscheidungen wurde eine "implied warranty of habitability" anerkannt: Green v. Superior Ct., 10 Cal. 3d 616, 517 P. 2d 1168, 111 Cal.Rptr. 704 (1974); Quesenburg v. Patrick, CCH Pov.L.Rep. § 15, 803 (Colo. County Ct. 1972); Javins v. First National Realty Corp., 428 F. 2d 1071 (D.C. Cir. 1970); cert. den. 400 U.S. 925 (1970); Givens v. Gray, 126 Ga.App. 309, 190 S.E. 2d 607 (1972); Lemle v. Breeden, 51 Hawaii 426, 462 P. 2d 470 (1969) nur für möblierte Wohnungen; ansonsten Lund v. Mac Arthur, 51 Hawaii 473, 462 P. 2d 482 (1969); Jack Spring, Inc. v. Little, 50 Ill. 2d 351, 280 N.E. 2d 208 (1972); Mease v. Fox, 200 N.W. 2d 791 (Iowa 1972); Reed v. Classified Parking System, 232 So. 2d 103 (La.App. 1970); Boston Housing Authority v. Hemingway, 293 N.E. 2d 831 (Mass. 1973); Rome v. Walker, 38 Mich.App. 458, 196 N.W. 2d 850 (1972) und Fritz v. Warthen, 298 Minn. 54, 213 N.W. 2d 339 (1973) allerdings bzgl. einer "statutory implied warranty of habitability"; King v. Moorehead, 495 S.W. 2d 65 (Mo.Ct.App. 1973); Kline v. Burns, 111 N.H. 87, 276 A. 2d 248 (1971); Berzito v. Gambino, 63 N.J. 460, 308 A. 2d 17 (1973); Morbeth Realty Corp. v. Velez, 73 Misc. 2d 996, 343 N.Y.S. 2d 406 (Cir.Ct. N.Y. 1973); Glyco v. Schultz, 35 Misc. 2d 289 N.E. 2d 919 (Sylvania Ohio Mun.Ct. 1972); Foisy v. Wyman, 83 Wash. 2d 22, 515 P. 2d 160 (1973); Earl Millikin,

Einem Mieter waren somit sämtliche Möglichkeiten vertraglichen Rechtsschutzes eröffnet¹⁾. Gerade in diesem Punkt zeigten sich deutlich die Auswirkungen auf die "landlord-tenant relations", zumal der Mieter nunmehr u.a. nicht mehr verpflichtet war seine Wohnung zu räumen, wenn er Reparatur- oder Schadensersatzansprüche gegen den Vermieter geltend machte.

Inc. v. Allen, 21 Wis. 2d 497, 124 N.W. 2d 651 (1963); dazu Restatement (2d) of Property 167 - 217 (Tent. Draft Nr. 1, 1973); Uniform Residential Landlord and Tenant Act § 2.104; weitere Entscheidungen im Special Project, 26 Vand.L.Rev. 689, 729 ff. (1973).

"Implied warranty" wurde ausdrücklich nicht anerkannt von Thomas v. Roper, 162 Conn. 343, 294 A. 2d 321 (1972); Pointer v. American Oil Co., 295 F.Supp. 573 (S.D.Ind. 1969); Parris v. Sinclair Refining Co., 359 F. 2d 612 (6th Cir. 1966); Cameron v. Calhoun-Smith Distributing Co., 442 S.W. 2d 815 (Tex.Civ.App. 1969).

- 1) Aus der kaum überschaubaren Fülle von Aufsätzen und Urteilsanmerkungen, die sich sowohl mit den neuen Entscheidungen als auch mit den modernen Tendenzen beschäftigt haben, sollen einige wesentlich erscheinende Beiträge genannt werden: Bixley, 6 Clearinghouse Rev. 468 ff. (1972); Indritz, 1 New Mexico L.Rev. 1 ff. (1971); Cioffi, 18 New York L. Forum 725 ff. (1973); Line, 26 Baylor L.Rev. 161 ff. (1974); Moskovitz, 4 Clearinghouse Rev. 49 ff. (1970); Quinn & Phillips, 38 Fordham L.Rev. 225 ff. (1969); Hicks, 24 Baylor L.Rev. 443 ff. (1972); Murray, 14 Santa Clara Lawyer 356 ff. (1974); Lipsky & Neumann, 44 Tul.L. Rev. 36 ff. (1969); Love, 1975 Wis.L.Rev. 19 ff.
Note, 50 B.U.L.Rev. 24 ff. (1970); Note, 56 Cornell L.Rev. 489 ff. (1971); Note, 21 Drake L.Rev. 300 ff. (1972); Comment, 40 Fordham L.Rev. 123 ff. (1971); Comment, 58 Iowa L.Rev. 656 ff. (1973); Note, 35 Ohio St.L.J. 212 ff. (1974); Comment, 22 Syracuse L. Rev. 997 ff. (1971); Note, 5 Seton Hall L.Rev. 409 ff. (1974); Comment, 5 Tex.Tech. L.Rev. 749 ff. (1974); weitere Nachweise in dem Special Project, 26 Vand.L.Rev. 689, 731 ff. (1973).

Die zusätzlichen Rechtsbehelfe waren vor allem "recission ¹⁾, reformation of the lease ²⁾, rent abatement" ³⁾ und "damages". Vergleichbar mit den Regeln beim Kauf erstreckten sich "damages" grundsätzlich auf die Differenz zwischen dem Wert des Mietobjektes in verkehrsüblichem, mangelfreien und tatsächlich vorhandenem, mangelhaften Zustand ⁴⁾, gelegentlich auch auf Reparaturkosten und evtl. Folgeschäden ⁵⁾, sofern deren Begleichung als von den Parteien im Rahmen des Vertrages bedacht gewertet werden konnte.

-
- 1) Wandlung wegen Gewährleistungsbruch; im Gegensatz zu "constructive eviction" muß der Mieter nur "breach of an implied warranty of habitability" nachweisen und nicht die meist schwammige "substantial interference with the tenant's use and enjoyment of the premises". - Vgl. Rapacz, 1 De Paul L.Rev. 69 ff. (1951).
 - 2) Eine Änderung des Vertrages dahingehend, daß er sich nur noch auf den nicht zu beanstandenden Teil der Wohnung beziehen soll. Auf diesen Behelf wird äußerst selten zurückgegriffen, ebenso auf die Klage auf Erfüllung der "implied warranty of habitability (specific performance)".
 - 3) Von besonderer Wichtigkeit - und von den Mietern bevorzugt - ist die Möglichkeit der Minderung oder Verweigerung des Mietzinses, ausführlich dazu Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 110; vgl. auch Restatement (2d) of Property § 10.1 (Tent.Draft Nr. 2, 1974).
 - 4) Vgl. Lipsky & Neumann, 44 Tul.L.Rev. 36, 55 f. (1969); Note, 4 Tex.Tech. L.Rev. 443, 438 f. (1973); Note, 38 Fordham L.Rev. 819, 823 (1970) mit Hinweis auf Uniform Commercial Code § 2-714 in Fußnote 56; Schlechtriem, 227.
 - 5) Vgl. Restatement (2d) of Property § 9.2 (Tent.Draft Nr. 2, 1974); Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 109; Note, 38 Fordham L.Rev. 818, 823 (1970) mit Hinweis auf Uniform Commercial Code § 2-715 in Fußnote 56; Mease v. Fox, 200 N.W. 2d 791, 797 (Iowa 1972): "The loss in values may be measured in various ways, depending upon the circumstances of the case."

Neben der herrschenden Übereinstimmung darüber, daß eine "implied warranty" bei kurz- und längerfristigen, schriftlichen und mündlichen Mietverträgen bejaht werden kann ¹⁾, sowie der Tatsache, daß der Vermieter ebenso während der Mietzeit das Objekt in "habitable condition" zu halten habe ²⁾, gibt es einige Meinungsverschiedenheiten darüber, ob eine "implied warranty of habitability" mehr auf die gesetzgeberische Initiative bei dem Erlass der "housing codes" gestützt wird oder auf "public policy considerations".

Zum einen soll der Maßstab für eine normale Beschaffenheit durch Normen festgelegt werden und nur schwerwiegende Verstöße zur Klage wegen Bruchs einer "implied warranty" berechtigen ³⁾. Außerdem kann sich die stillschweigende Zusage des Vermieters nur auf "residential dwellings" beziehen. Zum anderen wird zwar unter Berufung auf "public policy considerations" ebenso Wert gelegt auf eine erhebliche Verletzung der vertraglichen Verpflichtung; der Mangel muß aber nicht notwendig oder gar ausdrücklich in einem "code" erfaßt worden sein ⁴⁾. Eine Einbeziehung von "commercial leases" ist danach möglich, wenn auch unter engeren Voraussetzungen ⁵⁾.

1) Vgl. Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 100 f. Fn. 422-425.

2) Nicht ganz ohne Zweifel, Note, 35 Ohio St.L.J. 212, 221 (1974); ansonsten aber Kline v. Burns, 111 N.H. 87, 276 A. 2d 248 (1971); Javins v. First National Realty Corp., 428 F. 2d 1071 (D.C.Cir. 1970); Marini v. Ireland, 56 N.J. 130, 265 A. 2d 526 (1970); weitere Nachweise bei Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 101 Fn. 426.

3) Vgl. Javins v. First National Realty Corp., 428 F. 2d 1071, 1082 (D.C.Cir. 1970); Jack Spring, Inc. v. Little, 50 Ill. 2d 351, 366, 280 N.E. 2d 208, 217 (1972).

4) Vgl. Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 102; für die Beurteilung, ob eine Verletzung als gravierend angesehen werden kann, sollen folgende Richtlinien gelten: Intensität und Eigenart der Mangelhaftigkeit, die Auswirkungen auf die Wohnbarkeit, Sicherheit und Gesundheit, der Zeitraum in dem der Mangel existiert sowie das Alter des Gebäudes und die Höhe der Miete, vgl. u.a. Berzito v. Gambino, 63 N.J. 460, 308 A. 2d 17 (1973).

5) Auf den Einfluß des Restatement (2d) of Property § 5.1 & Comment b & Reporter's Note 2 (Tent.Draft Nr.1,

Neuere Entscheidungen lassen schließlich die Tendenz zu einer Kombination der Begründungen erkennen. "Implied warranty of habitability" basiert demzufolge auf "public policy considerations"; die "housing codes" dienen entweder als minimale Anforderung an einen durchschnittlichen bzw. verkehrsüblichen Zustand oder als Kriterium für die Beurteilung einer Pflichtverletzung des Vermieters ¹⁾.

Endlich sind noch die Position und mögliche Auswirkungen der schon zuvor angesprochenen "housing codes" hinsichtlich der "landlord-tenant relations" von Interesse. Diese Normen waren gedacht als Korrektiv gegenüber der starren Haltung der Gerichte, die eine Modifizierung der alten "common law"-Regeln ablehnten ²⁾. Bei der Wohnraummiete wurde "caveat emptor" mit der Einführung einer "statutory duty to repair" unterlaufen. Die von öffentlichen Inspektoren festzustellenden Zuwiderhandlungen führten zu strafrechtlichen Sanktionen, die für die Vermieter allerdings kaum spürbar waren ³⁾. Eigene Ansprüche erhielt der Mieter auf diese Weise meist ebensowenig wie durch später erlassene "codes", in denen zivilrechtliche Maßnahmen gegen einen "landlord" vorgesehen, jedoch

1973) weist Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 103 hin; ebenda (104 ff.) auch Ausführungen zu dem nicht unproblematischen "notice requirement".

- 1) Vgl. u.a. Morbeth Realty Corp. v. Velez, 73 Misc. 2d 996, 343 N.Y.S. 2d 406 (Cir.Ct.N.Y. 1973); Fritz v. Warthen, 298 Minn. 54, 213 N.W. 2d 339 (1973); Green v. Superior Ct., 10 Cal. 3d 616, 517 P. 2d 1168, 111 Cal.Rptr. 704 (1974).
- 2) Nachteilig waren jedoch eine auffällige Uneinheitlichkeit der "housing codes" - nicht verwunderlich bei der Anzahl von mehreren tausend "codes" - sowie die schwammigen Formulierungen wie z.B. "good repair, sound condition, safe to use", vgl. Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 40.
- 3) Gefängnisstrafen waren und sind äußerst selten, die durchschnittliche "Straf"-gebühr beträgt etwa 15 bis 30 \$; vgl. Quinn & Phillips, 38 Fordham L.Rev. 225, 240 (1969); Love 1975 Wis.L.Rev. 19, 42; Note, 78 Harv.L.Rev. 801, 824 f. (1965). Viele Vermieter nahmen deshalb lieber eine derartige Strafe hin, als daß sie bestimmte Reparaturen ausführen ließen.

durch vollkommen überforderte "enforcement agencies" geltend zu machen waren. Immerhin konnten Mieter auf Grund besonderer "rent impairment statutes" unter gewissen Voraussetzungen die Miete ganz oder zum Teil verweigern ¹⁾.

Zwar haben die verschiedenen Normen zu umfangreichen und "caveat emptor" widersprechenden Pflichten des Vermieters geführt und insoweit zum Überdenken der "common law"-Regeln Anlaß gegeben; von der Charakterisierung "lease as a conveyance of property" oder den "independent covenants" wurde jedoch nicht Abstand genommen. Der gesetzgeberischen Absicht, die sich in dem Erlaß und dem Inhalt der "housing codes" widerspiegelt, kommt als Ausgangspunkt für die auf "implied warranty of habitability" gerichteten Überlegungen sicherlich erhebliche Bedeutung zu.

bb) Haftung des Vermieters

(1) Grundregel: Haftungsfreiheit ("immunity")

Die unterschiedliche rechtliche und tatsächliche Beurteilung des Mietverhältnisses wirkt sich vor allem auf die Rechtspositionen von "landlord" und "tenant" und damit auf die Haftung des Vermieters aus, dessen nahezu vollkommene Haftungsfreiheit die notwendige Folge der wohl noch herrschenden Auffassung von "lease" als "conveyance of property" und der daraus resultierenden Regel "caveat emptor" war. Insbesondere die grundsätzliche Haftungsfreistellung für die von Mietern

1) Vgl. ausführlich zu den einzelnen "statutes", ihren Fundstellen und Voraussetzungen Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 37 ff.

oder Dritten erlittenen "personal injuries" oder "property damages" sowie mögliche Ausnahmen sind für diese Arbeit von Interesse ¹⁾. Während für evtl. Personen- oder Sachschäden, verursacht durch einen zur Zeit des Mietbeginns vorhandenen Mangel, wegen der Gelegenheit zu einer rechtzeitigen Inspektion des Objekts eine Risikoübernahme des Mieters fingiert wurde, stellte man für nachträglich eintretende Schäden auf die zumeist dem "tenant" obliegende Instandsetzungspflicht ab. Verletzungen infolge unterbliebener Reparaturen des Vermieters begründeten insoweit nicht dessen Verantwortlichkeit ²⁾ - weder vertraglich, noch deliktisch ³⁾.

-
- 1) Bevor eine eigene Anspruchsberechtigung von Dritten in Betracht kommt, ist im folgenden jeweils vorrangig zu untersuchen, ob überhaupt der Mieter selbst ausnahmsweise Ersatz geltend machen kann. "The landlord's liability to the tenant's invitees, including the tenant's family, is no greater than to the tenant himself", so *Hanson v. Luft*, 58 Cal. 2d 443, 445, 374 P. 2d 641, 642, 24 Cal. Rptr. 681, 682 (1962). Bzgl. anderer Rechte des Mieters vgl. oben S. 208 f.
 - 2) Vgl. Harkrider, 26 Mich.L.Rev.383 ff. (1928); Restatement (2d) of Torts § 355; Restatement (2d) of Torts § 356 comment a, "... Therefore, as in the case of the vendor (of land) ... it is the general rule that the lessor is not liable to the lessee, or to others on the land, for injuries occurring after the lessee has taken possession, even though such injuries result from a dangerous condition existing at the time of the transfer."
 - 3) Vgl. Schlechtriem, 227 ff., und den Fall auf S. 232 *Jordan v. Miller*, 179 N.C. 73, 101 S.E. 550 (1919), eine Köchin war durch das Loch eines Verandabodens gefallen. Ansprüche aus "contract" wie aus "tort" wurden aus den bekannten Gründen versagt.

(2) Ausnahmen

Die im Laufe der angesprochenen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Veränderungen sich mehrenden Ungerechtigkeiten im Mietrecht und speziell dort bei Haftungsfragen sind von den Gerichten zwar erkannt worden ¹⁾, andere Theorien als Basis zu einer Lösung dieser Probleme wurden jedoch abgelehnt und stattdessen immer neue Ausnahmen von der Regel "caveat emptor" zugelassen.

(a) "latent defects"

Zu den ältesten Ausnahmen ist die Haftung des Vermieters für verborgene Mängel der Mietsache zu zählen ²⁾. Seiner Verantwortlichkeit für Schäden, die durch ihm im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bekannte "hidden defects" verursacht wurden ³⁾, liegt eine unterschiedliche Wertung zugrunde, entweder eine Art Betrug ("fraud") oder aber "negligence" wegen unterlassener Warnung des Mieters ⁴⁾. Diese Gedanken stehen in voller Übereinstimmung mit dem Grundsatz "caveat emptor", da die Überprüfungspflicht des "tenant" unberührt bleibt. Der Vermieter muß auch nicht etwa den

-
- 1) Auch der Erlass der zahlreichen "statutes" und "housing codes", die dem Vermieter Pflichten zur Erhaltung und Instandsetzung von Gebäuden auferlegten, hat zu einer Meinungsumschwung in der Rechtsprechung beigetragen; siehe oben schon S.205 ff.
 - 2) "Undisclosed latent defects known to the lessor", eine diesbzgl. Andeutung findet man schon in Robbins v. Jones, 15 C.B. (n.s.) 221, 240 (1863).
 - 3) Ebenso für solche, die durch die Herbeiführung eines weniger sicheren Zustandes des Objekts entstehen, wenn die daraus resultierenden Gefahren den auf die ursprünglichen Eigenschaften Vertrauenden nicht offenkundig sind, vgl. Foster v. A.P. Jacobs & Associates, 85 Cal.App. 2d 746, 750, 193 P. 2d 971, 974 (1948).
 - 4) Vgl. Harkrider, 26 Mich.L.Rev. 260, 270 ff. (1928); Prosser, Torts, § 63 (401); für "negligence": Note, 62 Harv.L.Rev. 669, 670 Fn. 10 (1949).

Fehler beseitigen lassen, sondern lediglich den Mieter davor warnen. Letzterer wiederum hat dritte Personen in Kenntnis zu setzen.

Erhebliche Be- bzw. Einschränkungen dieser Ausnahme sind deshalb nicht zu übersehen ¹⁾. Zunächst kann sich ein "landlord" darauf berufen, daß der Mieter bei einer sorgfältigen Inspektion den Mangel hätte bemerken müssen und weiterhin, daß ihm selbst wegen "caveat emptor" eine Überprüfung auf "latent defects" nicht obliegt, teilweise sogar nicht einmal gestattet ist ²⁾. Der Mieter läuft außerdem Gefahr, bei dem von ihm zu erbringenden Beweis sich leicht dem Vorwurf des Mitverschuldens auszusetzen ³⁾.

Zudem bestehen Meinungsverschiedenheiten über das Merkmal "Kenntnis des Vermieters". Einige Autoren verlangen positives Wissen ⁴⁾, oder lassen es schon genügen, wenn fahrlässig ein Defekt nicht entdeckt wurde ⁵⁾. Die überwiegende Ansicht geht einen Mittelweg und nimmt den "reasonable man" als Maßstab für das Kennenmüssen von Fakten, die unter den gegebenen Umständen Anlaß zu der Vermutung geben, daß ein Mangel tatsächlich existiert ⁶⁾.

1) Von einer "implied warranty" i.B. auf "latent defects" kann daher nicht gesprochen werden, so aber Note, 77 Dick.L.Rev. 185, 188 (1972).

2) Vgl. Daulton v. Williams, 81 Cal.App. 2d 70, 75, 183 P. 2d 325, 328 (1947); Note, 62 Harv.L.Rev. 669, 670 Fn. 10 (1949); Mc Kibbin, 3 Pepperdine L.Rev. 132, 137 (1975).

3) Vgl. Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 52 m.w.N. in Fn. 167.

4) Vgl. Note, 35 Ind.L.J. 361 ff. (1960); Annot., 88 A.L.R. 2d 586 ff. (1963) m.w.N.

5) Vgl. Note, 29 Geo.L.J. 1046, 1050 (1941).

6) Vgl. Grimes, 2 Valparaiso U.L.Rev. 189, 214 (1968); Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 51; Note, 43 U.Cin.L.Rev. 218, 219 und dort Fn. 8 (1974); Note, 62 Harv.L.Rev. 669, 670 Fn. 10 (1949); Prosser, Torts, § 63 (401) m.w.N. aus der Rechtsprechung. Ähnlich auch die Position des Restatement (2d) of Torts § 358.

In den seltenen Fällen, in denen eine Haftung des Vermieters für "latent defects" in Betracht kam, wurde der Kreis der Anspruchsberechtigten recht weit gezogen. Begründet wurde die Verantwortlichkeit gegenüber Dritten damit, daß der Mieter seinen ihm obliegenden Schutzpflichten infolge der unterbliebenen Aufklärung nicht nachkommen könne ¹⁾.

So waren Vermieter ersatzpflichtig der Familie des Mieters, beispielsweise für den Tod des zweijährigen Kindes, das an eine angeblich stillgelegte Stromleitung faßte ²⁾, oder für die Verletzungen der Ehefrau, die durch das Nachgeben eines Geländers stürzte ³⁾, ebenso dem Angestellten einer Firma, der auf defekten Treppenstufen zu Fall kam ⁴⁾. Zwar erfolgt die Konkretisierung ersatzberechtigter Dritter in unterschiedlichen Formulierungen, wie beispielsweise "visitors" ⁵⁾, "invitees" ⁶⁾ oder "guests" ⁷⁾, generell jedoch sollen

1) Vgl. Prosser, Torts, § 63 (401).

2) Knox v. Sands, 421 S.W. 2d 497 (Mo. 1967), die Stromleitung war von dem Vermieter mit Genehmigung des Maklers des Vermieters gelegt worden. Die Eltern des Kindes hatten sich sogar nach den Leitungen erkundigt und von dem Vermieter erfahren, daß diese "tot" seien; ähnlich Rahn v. Beurskens, 66 Ill.App. 2d 423, 213 N.E. 2d 301 (1966), hier griff ein 15-jähriger Junge in eine defekte Leitung.

3) Vgl. Keegan v. Heilman Brewing Co., 129 Minn. 496, 152 N.W. 877 (1915); in Faber v. Creswick, 31 N.J. 234, 156 A. 2d 252 (1959) stürzte die Ehefrau "through plaster board covering a portion of stairwell, at attic floor level."

4) Vgl. Kaylor v. Magill, 181 F. 2d 179 (6th Cir. 1950); zum "business invitee" vgl. Wilensky v. Perell, 72 So. 2d 278, (Fla. 1954); außerdem Seligman v. Simon, 46 Del. 301, 83 A. 2d 682 (1951), den Anspruch eines Kunden, der auf einem Stuhl in einem Konfektionsladen saß und durch die einbrechende Decke verletzt wurde, hielt man grundsätzlich für möglich, lehnte ihn jedoch aus anderen Gründen (nicht nachweisbarer Mangel) ab.

5) So Note, 62 Harv.L.Rev. 669, 670 (1949).

6) Mc Kibbin, 3 Pepperdine L.Rev. 132, 135 (1975).

7) So etwa Prosser, Torts, § 63 (401).

diejenigen Ansprüche geltend machen können, die sich im Einverständnis des "tenant" in den gemieteten Räumen befinden ¹⁾.

(b) "public use"

Die zweite Ausnahme von der Haftungsfreistellung geht zurück auf das Spannungsverhältnis zwischen sachenrechtlichen Prinzipien und den Erwartungen der Allgemeinheit an den einwandfreien Zustand solcher Mietobjekte, die von jedermann betreten werden können ²⁾. Das Verhältnis von "landlord" und "tenant" wird nicht dadurch berührt, daß dem Vermieter die Pflicht auferlegt wird, die für "public use" bestimmten Räume vor Überlassung zu inspizieren und falls erforderlich zu reparieren sowie jede denkbare Gefährdung zu vermeiden ³⁾. Dementsprechend erstreckt sich eine überwiegend auf die "negligence"-Theorie gestützte Haftung ⁴⁾ nicht auf den Mieter oder dessen Angestellte. Insoweit gilt nach wie vor "caveat emptor" ⁵⁾.

Um der Voraussetzung "public use" zu genügen, ist es nicht erforderlich, daß das Mietobjekt zur Aufnahme einer großen Zahl von Menschen bestimmt oder geeignet

1) Vgl. Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 52; Annot., 25 A.L.R. 2d 598, 618 ff. (1952); Annot., 17 A.L.R. 3d 422 ff. (1968) jeweils m.w.N.

2) Genannt werden u.a. Theater, Unterhaltungsstätten, Hotels, Sportstätten, vgl. Prosser, Torts, § 63 (4o3), aber auch Läden, Arztpraxen oder Großgaragen, vgl. Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 54 Fn. 175 m.w.N. und Prosser, aaO. (4o4).

3) "Duty to exercise reasonable care", vgl. Prosser, Torts, § 63 (4o3).

4) Nicht etwa auf "nuisance" oder "invitation" bzw. einer Garantiezusage des Vermieters, vgl. Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 53; Prosser, Torts, § 63 (4o3); vergleichbar mit einer Verkehrssicherungspflicht.

5) Vgl. Flynn v. Pan American Hotel Co., 143 Tex. 219, 225, 183 S.W. 2d 446, 449 (1944); Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 54; Note, 43 U.Cin.L.Rev. 218, 219 Fn. 9 (1974); Note, 62 Harv.L.Rev. 669, 672 (1949).

ist, es reicht vielmehr aus, daß es der Öffentlich-
keit zugänglich ist ¹⁾. Ebensowenig ist bei der Kon-
kretisierung der Anspruchsberechtigten auf zahlungs-
bereite Kunden oder ein geschäftliches Ziel der je-
weiligen Personen abzustellen ²⁾. Als ersatzberech-
tigte Personen werden einmal "invitees" ³⁾ angesehen
und genannt, ebenso diejenigen, deren Anwesenheit
im Zusammenhang steht mit dem eigentlichen Zweck, zu
dem die Mietsache der Allgemeinheit eröffnet wurde ⁴⁾.
Erneut ist jedoch darauf hinzuweisen, daß es sich
nur um solche Mängel handelt, die vor Überlassung
vorhanden waren.

1) Ausführlich dazu Annot., 17 A.L.R. 3d 873 ff.
(1968) m.w.N.

2) Vgl. Prosser, Torts, § 63 (4o5).

3) So Walker v. Ellis, 234 Ind. 598, 129 N.E. 2d 65
(App.Ct. 1955); Note, 43 U.Cin.L.Rev. 218, 219
(1974); laut Restatement (2d) of Torts, § 332, sind
"invitees": "An invitee is either a public invitee
or a business visitor." Zur Abgrenzung zu den bei-
den anderen Kategorien "licensee" und "trespasser"
vgl. dazu im Anschluß S. 231 ff.

4) Die genaue Beurteilung des "Zwecks" stand insoweit
im Vordergrund. So konnte ein regelmäßiger Kunde
einer Tankstelle Ersatz verlangen, als er dort
nachts - als die Tankstelle geschlossen war - sich
bei einem Sturz in eine unbeleuchtete Grube ver-
letzte. Der Anspruch gegen die Ölgesellschaft wurde
bejaht, da wegen des ständigen Angebots an Parkraum
im Rahmen der "service station" zu jeder Tages-
und Nachtzeit mit Besuchern zu rechnen sei, vgl.
Hayes v. Richfield Oil Corp., 38 Cal. 2d 375, 24o
P. 2d 58o (1952); andererseits Sherwood Bros. v.
Eckhard, 2o4 Md. 485, 1o5 A. 2d 2o7 (1954), dort
wurde ein Vertreter von einem rollenden Fahrzeug
verletzt, als er auf den Tankwart (Mieter) einsprach.
Eine Schadensersatzpflicht der Ölgesellschaft wur-
de abgelehnt. Der Vertreter sei als "business invi-
tee" in seinem eigenen Interesse gekommen und nicht
"for the particular purpose for which the land was
leased."

(c) "lease for a short term"

Ein bemerkenswerter Schritt in Richtung auf die neuerdings empfohlene und schon erwähnte Anwendung von Vertragsgrundsätzen und die damit zusammenhängende Anerkennung einer stillschweigenden Zusicherung des Vermieters für die Bewohnbarkeit bzw. jeweilige Benutzbarkeit generell, ist die Ausnahme "implied warranty of habitability in furnished dwellings for a short term", die Schadensersatzmöglichkeiten für Personen- und Sachschäden eröffnet. Dieser nur von einer Minderheit der Gerichte akzeptierten Regel ¹⁾ liegt der Gedanke zugrunde, daß bei kurzfristigen und begrenzten Mietverträgen über voll möblierte und jederzeit bezugsfertige Wohnungen und Häuser ein Abweichen von dem strengen Prinzip "caveat emptor" und eine Verlagerung des Risikos für Reparaturen und evtl. Folgeschäden auf den "landlord" gerechtfertigt sind ²⁾.

Die zu einer Haftung führenden Fälle sind dementsprechend durch ganz konkrete und enge Voraussetzungen beschränkt. Neben einem auf einen kurzen Zeitraum fixierten Mietvertrag ³⁾ muß der Mangel zur Zeit des

1) Diese Ausnahme ist auch nicht in das Restatement (2d) of Torts aufgenommen worden; zur Gegenansicht vgl. Frumer & Friedman, Products Liability, § 1.01 (2) (a) (271).

2) Vgl. Horton v. Marston, 352 Mass. 322, 225 N.E. 2d 311 (1967); Comment, 3 U.Richmond L.Rev. 322 ff. (1969).

3) In dem soeben zitierten Fall Horton v. Marston, 352 Mass. 322, 225 N.E. 2d 311 (1967) war der Mieter kurz vor Ablauf seines 9-monatigen Mietvertrages - der folglich als "short term lease" angesehen wurde - durch eine explodierende Gasheizung verletzt worden und konnte Ersatz verlangen. Noch eindeutiger in Minton v. Hardinger, 438 S.W. 2d 3 (Mo. 1968), dort war ein nur für einen Monat aufgenommener "Übergangsmieter" durch eine explodierende Gasheizung verletzt worden. Bei Verträgen über ein Jahr oder länger wird die Ausnahme nicht zur Anwendung kommen können, vgl. Comment, 3 U.Richmond L.Rev. 322, 324 (1969).

Mietbeginns latent vorhanden ¹⁾ und die Wohnung voll möbliert gewesen sein ²⁾. Bei entsprechender Auflockerung dieser Anforderungen wird die Nähe zu den modernen Thesen einer allgemeinen "implied warranty of habitability" erkennbar ³⁾.

Obwohl Sachverhalte mit Auswirkungen auf Dritte kaum zu finden sind und diesbzgl. Fragen noch nicht ausdrücklich behandelt wurden, kann man davon ausgehen, daß eine stillschweigende vertragliche Verpflichtung des Vermieters eine Verantwortlichkeit aus "tort" auch dritten Personen gegenüber zur Folge hat ⁴⁾.

Anspruchsberechtigt wären erneut - vergleichbar mit den beiden ersten Ausnahmen von "caveat emptor" - die Familienangehörigen, Gäste bzw. generell die "invitees" ⁵⁾.

-
- 1) Vgl. Chelefou v. Springfield Inst. for Sav., 297 Mass. 236, 8 N.E. 2d 769 (1937), der Defekt war hier erst im Laufe des Mietverhältnisses entstanden.
 - 2) Vgl. Young v. Povich, 121 Me. 141, 116 A. 26 (1922); Hacker v. Nitschke, 310 Mass. 754, 39 N.E. 2d 644 (1942).
 - 3) Eine vergleichbare Entwicklung ist klar zu verfolgen in dem oben S. 206 f. ausführlich dargestellten Fall Pines v. Perssion, 14 Wis. 2d 590, 111 N.W. 2d 409 (1961), dort wurden die einzelnen Kriterien schon nicht entscheidend berücksichtigt, in Lund v. Mac Arthur, 51 Hawaii 473, 462 P. 2d 482 (1969) verzichtete man auf eine Unterscheidung zwischen möblierten und unmöblierten Wohnungen, und in Presson v. Mountain States Properties, Inc., 18 Ariz.App. 176, 501 P. 2d 17 (1972) wird zwar von "short term leases" gesprochen, letztlich jedoch nicht auf diese Voraussetzung abgestellt; außerdem fehlt ein Eingehen auf "furnished dwellings".
 - 4) Vgl. Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 55; sinngemäß auch Chelefou v. Springfield Inst. for Sav., 297 Mass. 236, 8 N.E. 2d 769 (1937).
 - 5) Auf Dritte wurde Bezug genommen in Ackarey v. Carbonaro, 320 Mass. 537, 70 N.E. 2d 418 (1946), ein Vater klagte auf Ersatz der Arztkosten seiner Tochter, die in dem für eine Woche gemieteten Ferienhaus (möbliert) durch ein fehlerhaftes Gelände gefallen war.

Gleiches wird für den ersatzberechtigten Personenkreis bei einer mehr differenzierenden Abwandlung dieser Ausnahme zu gelten haben, nämlich für eine Zusicherung der Tauglichkeit des Mobiliars ("implied warranty of merchantability covering the furniture")¹⁾, auf die sich bislang nur Mieter und keine Dritten berufen und den Vermieter für Schäden verantwortlich gemacht haben²⁾. Verschiedene Staaten, die der o.a. Minderheitsregel nicht zugestimmt haben,³⁾ versuchen so einen Mittelweg durch die Trennung von "personal" und "real property" zu finden. Auf diese Weise möchte man die für das Grundeigentum und für strukturelle Mängel der Wohnungen aufgestellten Thesen unangetastet lassen, bei gleichzeitiger Garantieübernahme für die Einrichtung.

-
- 1) So Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 56. Ansonsten sollen die gleichen Voraussetzungen gelten wie bei der "implied warranty of habitability in furnished dwellings".
 - 2) Vgl. z.B. Charleville v. Metropolitan Trust Co. of California, 136 Cal.App. 349, 29 P. 2d 241 (1934), hier war ein Klappbett zusammengebrochen bei einer Mietzeit von knapp 4 Monaten; oder Hunter v. Freeman, 105 Cal.App. 2d 129, 233 P. 2d 65 (1951), unter Prüfung, ob der Fehler schon zu Beginn der Mietzeit vorgelegen hatte, wurde ein Anspruch des von einer defekten Heizung verletzten Mieters bejaht; weitere Nachweise bei Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 56 Fn. 190.
 - 3) Neben Californien (vgl. die Entscheidungen in der Fn. zuvor) auch Washington, vgl. Bidlake v. Youell, Inc., 51 Wash. 2d 59, 315 P. 2d 644 (1957), dort wurde der Anspruch eines Mieters allerdings aus anderen Gründen abgewiesen.

(d) "covenant to repair"

Einem Vermieter bleibt es natürlich unbenommen, sich freiwillig zur Ausführung einer oder mehrerer Reparaturen durch Vertrag zu verpflichten. Bezogen sich die bisherigen Ausnahmen ausschließlich auf schon bei Mietantritt vorhandene Defekte, so kann es hier und bei den nachfolgenden Abweichungen von "caveat emptor" zu einer Haftungserweiterung des "landlord" für nachträgliche Mängel oder Schäden kommen.

Der starke Wandlungsprozeß des amerikanischen Mietrechts fällt erneut bei der Ausnahme "covenant to repair" auf. Trotz vertraglich übernommener Instandsetzungspflichten des Vermieters blieben Ansprüche gegen ihn in der "action for damages" beschränkt ¹⁾. Ersatz für Personen- oder Sachschäden wurde von der ehemals klar dominierenden ²⁾ und noch heute von einigen Gerichten ³⁾ vertretenen Ansicht aus verschiedenen Gründen abgelehnt. Da "personal injuries" bzw. "property damages" zu der Zeit der Absprache nicht "within the contemplation of the parties" gelegen haben sollen, scheiterte eine Verantwortlichkeit aus Vertrag ⁴⁾, auch gegenüber jeglichen Dritten, weil diese

1) Also normalerweise auf Reparaturkosten oder Wertminderung, vgl. dazu schon oben S. 203.

2) Vgl. *Hanson v. Cruse*, 155 Ind. 176, 57 N.E. 904 (1900); *Murrell v. Crawford*, 102 Kan. 118, 169 P. 561 (1917); *Cooper v. Roose*, 151 Ohio St. 316, 85 N.E. 2d 545 (1949); umfangreiche Nachweise in Annot., 78 A.L.R. 2d 1238, 1244 f. (1961).

3) Vgl. *Goff v. United States*, 159 F. Supp. 415 (D. Me. 1958) und Nachweise in Annot., 78 A.L.R. 2d 1238, 1244 f. (1961).

4) Vgl. *Cooper v. Roose*, 151 Ohio St. 316, 321, 85 N.E. 2d 545, 548 (1949); Note, 62 Harv.L.Rev. 669, 672 Fn. 30 (1949) m.w.N.

weder Partei noch in "privity" waren ¹⁾. Obwohl bei "nonfeasance" deliktische Ansprüche grundsätzlich als nicht durchsetzbar angesehen wurden ²⁾, berief man sich für ihre Abweisung nur selten auf das Untätigbleiben des Vermieters ³⁾. Vielmehr stand das Kriterium "control" im Mittelpunkt und wurde als notwendige Voraussetzung für eine Ersatzpflicht aus "tort" verlangt ⁴⁾. Die getroffene Vereinbarung über Reparaturen allein wurde als nicht ausreichend angesehen, um die bei Mietbeginn dem Mieter im Rahmen der "conveyance"-Theorie eingeräumte "control" wieder auf den Vermieter zu übertragen ⁵⁾.

1) Vgl. Huey v. Barton, 328 Mich. 584, 44 N.W. 2d 132 (1950); Prosser, Torts, § 63 (409); Annot., 163 A.L.R. 300, 303 f. (1946); Annot., 78 A.L.R. 2d 1238, 1247 ff. (1961) jeweils m.w.N.

2) Vgl. oben S.88 ff.

3) Etwa Daulton v. Williams, 81 Cal.App. 2d 70, 183 P. 2d 325 (1947); auch Dorswitt v. Wilson, 51 Cal.App. 2d 623, 125 P. 2d 626 (1942), allerdings bei einer Abrede nach Mietbeginn.

4) Vgl. u.a. Cullings v. Goetz, 256 N.Y. 287, 176 N.E. 397 (1931); Busick v. Home Owners' Loan Corp., 91 N.H. 257, 18 A. 2d 190 (1941); Hodges v. Hilton, 173 Miss. 343, 161 So. 686 (1935).

5) Vgl. Cullings v. Goetz, 256 N.Y. 287, 176 N.E. 397 (1931); Moskowitz, 15 Clev. Mar.L.Rev. 579, 584 f. (1966); Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 59. Allerdings zeigten sich in Massachusetts und New York schon Abschwächungen dieser strikten These, indem nämlich Klägern der Nachweis zugestanden wurde, daß im Einzelfall mehr als nur "covenant to repair" vorlag, so daß "control" und damit eine "tort"-Haftung möglich wurde; vgl. Fiorntino v. Mason, 233 Mass. 451, 124 N.E. 283 (1919); Jacovides v. Chaletzky, 332 Mass. 225, 124 N.E. 2d 259 (1955); De Clara v. Barber Steamship Lines, 309 N.Y. 620, 132 N.E. 2d 871 (1956).

Inzwischen hält die Mehrzahl der Gerichte eine aus einem "covenant to repair" resultierende Haftung für möglich, nachdem schon ältere Entscheidungen ¹⁾ eine entsprechende Änderung des Restatement (2d) of Torts zur Folge hatten ²⁾.

In Einzelfällen wurden sogar Ansprüche für "personal injuries" oder "property damages" aus Vertrag zugebilligt, da der Ersatz dieser Schäden als von den Parteien durchaus bedacht bewertet werden konnte ³⁾; nämlich meist dann, wenn es sich um Reparaturen zur Sicherheit (im Gegensatz zu Komfort oder Bequemlichkeit) handelte ⁴⁾. Berechtigt waren neben dem Mieter nur seine unmittelbare Familie oder "persons in privity" ⁵⁾. Es kann jedoch nicht übersehen werden, daß die Gerichte das eigentliche Problem in der Schadenszurechnung bzw. -verteilung und nur sekundär in der Herleitung des Anspruchs ex contractu oder ex delicto sahen.

Die umständliche Konstruktion vertraglicher Schadensersatzansprüche und die wegen des engen "privity"-Erfordernisses bestehenden Schwierigkeiten bei der Einbeziehung Dritter ⁶⁾ führten zu ständig wachsender

-
- 1) Vgl. z.B. Hart v. Coleman, 201 Ala. 345, 78 So. 201 (1917); Johnson v. Dye, 131 Wash. 637, 230 P. 625 (1924); umfangreiche Nachweise in Annot., 78 A.L.R. 2d 1238, 1252 f. (1961).
 - 2) Restatement (2d) of Torts, § 357.
 - 3) Vgl. Schlechtriem, 232.
 - 4) Vgl. Ross v. Haner, 258 S.W. 1036 (Tex. 1924), die verabredete Instandsetzung des defekten Fensters sollte vor allem zur Sicherheit des Kindes dienen, das nunmehr hinausgefallen war.
 - 5) Vgl. Moldenhauer v. Krynski, 62 Ill.App. 382, 210 N.E. 2d 809 (1965) (Mieter); Maday v. New Jersey Title Guarantee & Trust Co., 127 N.J.L. 426, 23 A. 2d 178 (1941), mod. 129 N.J.L. 53, 28 A. 2d 104 (1942) (Ehefrau, die hier allerdings selbst Vertragspartner war); Ross v. Haner, 258 S.W. 1036 (Tex.Ct.App. 1924) (Kind); Adler v. Miller, 218 Ala. 674, 120 So. 153 (1928) ("persons in privity with the lessee").
 - 6) Die eingangs entwickelten allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätze werden anhand der vorliegenden Fälle besonders transparent.

Anerkennung deliktischer Verantwortlichkeit des "landlord". Durch den im Rahmen des Mietverhältnisses geschlossenen konkreten Vertrag wird dann nicht nur eine "special relationship" zwischen Vermieter und Mieter und damit eine "duty to take care"

("negligence") begründet, nach ihm richtet sich auch die Beurteilung von Umfang und Ausmaß der entstehenden Pflichten ¹⁾. Der Vertrag selbst kann schriftlich oder mündlich geschlossen werden. Von der überwiegenden Ansicht der Gerichte muß ein "covenant to repair" allerdings von "consideration" getragen sein, also von einer Gegenleistung ²⁾.

1) Vgl. Dean v. Hershowitz, 119 Conn. 398, 405 ff., 117 A. 262, 265 ff. (1935); Evans v. Otis Elevator Co., 403 Pa. 13, 18 f., 168 A. 2d 573, 575 f. (1961); Prosser, Torts, § 63 (409); Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 60; interessant zu einer Berücksichtigung der Gesamtumstände, der "social and economic matrix" aber auch zu der Auferlegung einer "affirmative duty" auf den Vermieter Note, 42 Temple L.Q. 199, 202 ff. (1969).

Abzulehnen ist schließlich die Theorie, die eine "tort duty" dadurch zu begründen versucht, daß der Vermieter durch den Vertrag wieder "control" erlange, vgl. Flood v. Pabst Brewing Co., 158 Wis. 626, 633, 149 N.W. 489, 491 (1914); ähnlich Sanford v. Belemeyessi, 284 N.E. 2d 588 (Mass. 1972). Es kommt einer Fiktion gleich, wenn man einer Person "control" einräumt, die weder Besitzer ist, noch die Möglichkeit hat Personen aus den Räumen des Mieters auszuweisen. Ausführlich dazu Prosser, Torts, § 63 (410); Michaels v. Brookchester, Inc., 26 N.J. 379, 385, 140 A. 2d 199, 202 (1958); Reitmeyer v. Sprecher, 431 Pa. 284, 288 f., 243 A. 2d 395, 397 (1968).

2) Vgl. Reitmeyer v. Sprecher, 431 Pa. 284, 243 A. 2d 395 (1968); Metcalf v. Chiprin, 217 Cal.App. 2d 305, 31 Cal.Rptr. 571 (1963); vgl. zu der wachsenden Kritik Seavey, 64 Harv.L.Rev. 913, 918 (1951); Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 61; Prosser, Torts, § 63 (410).

Da man von dem "privity"-Grundsatz im Deliktsrecht längst Abstand genommen hat ¹⁾, konnte der Kreis der Ersatzberechtigten auf Personen erweitert werden, die im Einverständnis des Mieters anwesend waren ²⁾. Außer Familienmitgliedern ³⁾ klagten Angestellte mit Erfolg ⁴⁾, ebenso Gäste ⁵⁾, Untermieter ⁶⁾ und wieder "invitees" ⁷⁾.

Im Unterschied zu dem recht eindeutigen Kriterium einer engen familiären Beziehung erscheint die Forderung nach einem dem Aufenthalt des Klägers nicht entgegenstehenden Willen des Mieters nicht präzise genug. So fehlen bspw. Äußerungen darüber, ob eine mutmaßliche Zustimmung genügt, oder es auf einen tatsächlich vorhandenen "consent" ankommt. Weiterhin fällt auf, daß man - trotz des Hinweises auf die Notwendigkeit aller Elemente der "action for negligence" - ⁸⁾ bei der Drittbestimmung nicht allgemeinen

1) Vgl. Faber v. Creswick, 31 N.J. 234, 156 A. 2d 252 (1959); zuvor auch schon Dean v. Hershowitz, 119 Conn. 398, 177 A. 262 (1935); ansonsten oben S. 143 ff.

2) Vgl. Restatement (2d) of Torts, § 357.

3) Vgl. Wallace v. Schrier, 107 So. 2d 754 (Fla.App. 1958); Faber v. Creswick, 31 N.J. 234, 156 A. 2d 252 (1959); Williams v. Davis, 188 Kan. 385, 362 P. 2d 641 (1961) hier sowohl für einen siebenjährigen Sohn als auch allgemein für "others rightfully on the premises".

4) Z.B. Alaimo v. Du Pont, 4 Ill. App. 2d 85, 123 N.E. 2d 583 (1954).

5) Schon in Mesher v. Osborne, 75 Wash. 439, 134 P. 1092 (1913).

6) Vgl. Hodges v. Hilton, 173 Miss. 343, 161 So. 686 (1935).

7) Vgl. Scholey v. Steele, 59 Cal.App. 2d 402, 138 P. 2d 733 (1943); Krieger v. Ownership Corp., 270 F. 2d 265 (3d Cir. 1959).

8) "To impose liability on a landlord for his failure to repair a defect, all the elements of negligence must be present", Note, 42 Temple L.Q. 199, 200 (1969).

Grundsätzen entsprechend die "duty to take care" des Vermieters konkretisiert oder auf dessen Voraussehbarkeit ("foreseeability of injuries") abstellt ¹⁾, oder gar eine Verbindung dieser Prinzipien mit dem geforderten Einverständnis des Mieters sucht.

(e) "negligent repairs"

Im Gegensatz zu der vorherigen Ausnahme, die sich auf ein Unterlassen gebotener Instandsetzungen bezog, wird bei "negligent repairs" ausschließlich auf "miskeasance" eingegangen. Führt danach ein Vermieter tatsächlich eine Reparatur aus, sei es auf Grund einer durch Miet- oder sonstigen Vertrag oder freiwillig und unentgeltlich ²⁾ übernommenen Verpflichtung, und läßt die erforderliche Sorgfalt vermissen, so ist er für mögliche "personal injuries" bzw. "property damages" ersatzpflichtig. Ebenso haftet er für Schäden, die aus dem Außerachtlassen einer "duty to take reasonable care" seiner Angestellten ³⁾ oder gar seines beauftragten "independent ✓ contractor" ⁴⁾ resultieren.

-
- 1) So allerdings Dean v. Hershowitz, 119 Conn. 398, 117 A. 262 (1935); Note, 42 Temple L.Q. 199, 202 (1969).
 - 2) Eine Sonderregelung bei "gratuitous repairs" besteht in Massachusetts. Der Vermieter haftet dann nur dem Mieter allein, zudem muß "gross negligence" vorliegen, vgl. Bohlen, 35 Harv.L.Rev. 633 ff. (1922); Bergeron v. Forest, 233 Mass. 392, 124 N.E. 74 (1919).
 - 3) Vgl. z.B. Withington v. Rome, 258 Mass. 188, 154 N.E. 764 (1927).
 - 4) Vgl. Misiulis v. Milbrand Maintenance Corp., 52 Mich.App. 494, 218 N.W. 2d 68 (1974); dazu Note, 52 J. Urban Law 601 ff. (1974).

Ein Abweichen von der Immunität des Vermieters rechtfertigte man damit, daß allgemeine Grundsätze der Fahrlässigkeitshaftung ausschlaggebend seien und nicht die "landlord-tenant relations" ¹⁾. Bei genauer Betrachtung wird deutlich, wie konstruiert diese Begründungsversuche teilweise sind. Stark beeinflusst von dem herkömmlichen Mietrecht zeigen sich nämlich das Restatement (2d) of Torts, § 362, und die ihm folgenden Entscheidungen ²⁾, in denen verlangt wird, daß ein "landlord" durch sein Verhalten die Gefährdung erhöht oder eine in Wahrheit nicht vorhandene Sicherheit vorgetäuscht haben muß bei gleichzeitiger Unkenntnis des Mieters von dieser Situation.

Diese Limitierung war infolgedessen Ansatzpunkt zu berechtigter Kritik ³⁾, nicht zuletzt deshalb, weil geschädigten Dritten auf diese Weise die Möglichkeit eines Anspruchs gegen den Vermieter häufig genommen wurde. Dennoch kann sich auch die inzwischen dominierende Ansicht der Gerichte ⁴⁾, nach der dem "landlord" in diesem Zusammenhang eine unbeschränkte Verpflichtung "to exercise due care under the circumstances" obliegt, nicht immer von Wertungen freisprechen, die auf das Mietrecht zurückgehen. So werden bei der Konkretisierung der Ersatzberechtigten wiederum die schon bei den vorigen Ausnahmen angesprochenen Personen bzw. -gruppen genannt, wie z.B. Familienmit-

1) Völlig h.M., vgl. Prosser, Torts, § 63 (411); Frumer & Friedman, § 1.05 (3) (421 ff.); Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 64, jeweils m.w.N.

2) Vgl. z.B. Sherrard v. Lidyoff, 108 Cal.App. 2d 325, 239 P. 2d 28 (1951).

3) Vgl. Prosser, Torts, § 63 (411); Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 64 f.; Bartlett v. Taylor, 351 Mo. 1060, 174 S.W. 2d 844 (1943).

4) Vgl. Bauer v. 141-49 Cedar Lane Holding Co., 24 N.J. 139, 130 A. 2d 833 (1957); Rossiter v. Moore, 59 Wash. 2d 722, 370 P. 2d 250 (1962).

glieder ¹⁾, Gäste ²⁾, Angestellte ³⁾ oder "invitees of sublessee" ⁴⁾.

Insgesamt erscheint es allerdings bei dem Vergleich der beiden letzten "exceptions" rechtspolitisch bedenklich, wenn der Vermieter bei völligem Untätigbleiben nur erschwert und in Ausnahmefällen ("covenant"), bei freiwilliger Durchführung von Reparaturen dagegen relativ leicht und unproblematisch für Folgeschäden verantwortlich gemacht werden kann. Die bisherige Zurückhaltung vieler Vermieter bei der Instandsetzung und Erhaltung der Gebäude wird so verständlich.

(f) "common use"

Um zu einer Haftung des Vermieters zu gelangen, berufen sich Geschädigte besonders gern und häufig auf die Ausnahme "common use". Verschiedene Gründe dafür bieten sich förmlich an: Die Gerichte waren und sind natürlich eher zu einem klägerfreundlichen Urteil bereit, wenn Schäden auszugleichen sind, die in dem Risikobereich des "landlord" auftreten; kann man doch auf diese Weise einen Konflikt mit den Prinzipien des Mietrechts vermeiden. Nicht das eigentliche Mietobjekt ist betroffen, sondern Teile des Gebäudes, die zum allgemeinen Gebrauch sämtlichen Mietern zur Verfügung gestellt sind und über die der Vermieter üblicherweise "control" behält ⁵⁾.

1) Vgl. Bowater v. Tasse, 81 Cal.App. 2d 651, 184 P. 2d 931 (1947).

2) Vgl. Smith v. Kravitz, 173 Pa.Super.Ct.11,93 A. 2d 889 (1953).

3) Ginsberg v. Wineman, 314 Mich. 1, 22 N.W. 2d 49 (1946).

4) Vgl. Woods v. Forest Hill Cemetery, 183 Tenn. 413, 192 S.W. 2d 987 (1946).

5) Die Ausnahme "common use" entstand folglich erst relativ spät, nämlich zu der Zeit, als große Wohnblocks und Geschäftshäuser errichtet wurden.

Die Rechtsprechung geht bei dem Versuch einer Konkretisierung dieser Komplexe sehr ins Detail, zieht aber gleichzeitig und vielleicht gerade deswegen den Kreis der "common areas" immer weiter ¹⁾. Außer Eingangshallen, Fahrstühlen, Kellerräumen, Fluren, Geländern und Dächern ²⁾, inneren und äußeren Treppen ³⁾, werden u.a. das Strom-, Gas- und Wassersystem genannt, ebenso die jedem Mieter zugänglichen Geräte wie Wasch- oder Eismaschinen und Trockner ⁴⁾.

Weiterhin ist zu erwähnen, daß sich Verletzungen gerade in diesem gesamten Bereich nicht selten ereignen und eine bloße Warnung des Vermieters als nicht ausreichend für die Erfüllung einer "duty to take care" angesehen wird, vielmehr werden neben regelmäßigen Inspektionen eine Mängelbeseitigung oder vergleichbare Maßnahmen verlangt ⁵⁾.

1) Es wird deshalb vorgeschlagen, die für "common use" vorgesehenen Gebiete in den jeweiligen Mietverträgen genau zu kennzeichnen, vgl. Note, 9 W.Res.L.Rev. 206, 207 f. (1958).

2) Vgl. Prosser, Torts, § 63 (407); Annot., 65 A.L.R. 3d 14, 75 ff. (1975) jeweils mit umfangreichen Nachweisen. Zusätzlich wird noch unterschieden zwischen strukturellen Mängeln und Unterhalts- bzw. Reparaturpflichtverletzungen.

3) Vgl. Annot., 67 A.L.R. 3d 490 ff. (1975) ("exterior stairs"); Annot., 67 A.L.R. 3d 587 ff. (1975) ("interior steps or stairways") m.w.N.

4) Vgl. Annot., 66 A.L.R. 3d 374 ff. (1975) m.w.N.

5) Vgl. Restatement (2d) of Torts, §§ 360, 361 (1965); Prosser, Torts, § 63 (406).
Massachusetts hat eine eigene Regel; danach ist der "landlord" nur dazu verpflichtet die "areas in common use" in einem Zustand zu erhalten, in dem sich diese z.Zt. des Mietbeginns befanden, vgl. Wheeler v. Boston Housing Authority, 341 Mass. 510, 170 N.E. 2d 465 (1960); Annot., 65 A.L.R. 3d 14, 37 f. (1975).

Lediglich im Rahmen der Beurteilung der "duty" werden zuweilen noch Einschränkungen gemacht; so ist beispielsweise die Pflicht zur Beseitigung von Schnee und Eis oder zu einer adäquaten Beleuchtung der "areas in common use" nicht zwingend auferlegt ¹⁾. Die Tendenz geht jedoch eindeutig in die Richtung einer möglichst umfassenden und unbegrenzten Haftung.

Die Begründung für die dem Vermieter obliegenden Sorgfaltspflicht, und damit der Ausnahme "common use" überhaupt, liegt auf der Hand. Zum einen ist der "landlord" als Inhaber der "control" ohnehin nach allgemeinen Grundsätzen zu Schadensersatz verpflichtet, zum anderen bestünden sonst unüberwindliche Schwierigkeiten für die meist zahlreichen Mieter, nicht nur hinsichtlich der anfallenden Kosten, sondern u.a. auch bzgl. der Frage, welche Reparaturen notwendig erscheinen und wer diese auszuführen und zu überwachen hat.

Ein erster Blick auf die Konkretisierung möglicher Ersatzberechtigter - Hinweise auf "licensees" und "invitees" - mag den Eindruck erwecken, daß hier Grundsätze zur Anwendung kommen, die für die Haftung des Grundbesitzers gegenüber "seinen" Besuchern oder Benutzern entwickelt wurden und nach denen der "legal status" des Geschädigten, den die Gerichte durch die Einordnung in eine der Klassen "trespassers, licensees, invitees" ²⁾ zu bestimmen versuchen, als wesentlich

1) Vgl. Annot., 49 A.L.R. 3d 387 ff. (1973) ("snow and ice"); sehr ausführlich Annot., 66 A.L.R. 3d 202 ff. (1975) ("adequacy of light"); dazu noch Comment, 5 U.Richmond L.Rev. 148 ff. (1967); Note, 62 Harv.L.Rev. 669, 670 Fn. 15 (1949).

2) Das Restatement (2d) of Torts definiert wie folgt:
§ 329 Trespasser Defined. "A trespasser is a person who enters or remains upon land in the possession of another without a privilege to do so created by the possessor's consent or otherwise."
§ 330 Licensee Defined. "A licensee is a person who is privileged to enter or remain on land only by virtue of the possessor's consent."
§ 332 Invitee Defined. "(1) An invitee is either a public invitee or a business visitor."

anzusehen ist. Maßgebliches Kriterium ist die Berechtigung des Betreffenden zum Aufenthalt auf dem Grundstück. Je nach Zugehörigkeit zu der entsprechenden Kategorie schuldet der "landowner" eine unterschiedliche "degree of care".

Für diese Arbeit kaum von Bedeutung sind die "trespassers", die ohne Zustimmung anwesend sind, sei es durch Überschreitung der Grenzen einer einmal erteilten Genehmigung oder gänzlich unbefugt. Ihnen gegenüber obliegt nur die Pflicht, vorsätzliche schädigende Handlungen zu unterlassen ¹⁾.

Ähnlich gering ist der Schutz der "licensees", die zwar eine "license" und insoweit das Privileg einverständlichen Betretendürfens haben. Die Aufenthaltsberechtigung kann - bei "license" wie "invitation" - ausdrücklich erfolgen oder sich stillschweigend aus den Umständen des Einzelfalles oder einem allgemeinen Brauch ergeben ²⁾. "Licensees" können sich auf einen sicheren und ordnungsgemäßen Zustand des jeweiligen Objektes nicht verlassen; immerhin wird seit einiger Zeit zwischen "passive" und "active negligence" unterschieden mit der Konsequenz, daß ein "landowner für jegliches fahrlässiges Verhalten haftet ³⁾. Vor dem Hintergrund, daß "licensees" überwiegend im eigenen Interesse anwesend sind, wie u.a. Personen, die sich

1) Vgl. z.B. Langford v. Mercurio, 254 Miss. 788, 183 So. 2d 150 (1966); Evans v. Philadelphia Transp.Co., 418 Pa. 567, 212 A. 2d 440 (1965); allgemein zu den "trespassers" und zu den Ausnahmen bei "trespassing children" vgl. Prosser, Torts, §§ 58, 59 (357 ff.); Dieckmann, 49 ff. jeweils mit Nachweisen.

2) Ausführlich dazu Dieckmann, 31 ff.

3) Vgl. Prosser, Torts, § 60 (379); Cordula v. Dietrich, 9 Wis. 2d 211, 101 N.W. 2d 126 (1960).

etwas ausleihen ¹⁾, Schaulustige ²⁾, Türverkäufer ³⁾, Spendensammler ⁴⁾, werden überwiegend sogar "social guests" einbezogen, also neben jeglichen eingeladenen Gästen auch z.B. die Mutter, die ihrer verheirateten Tochter während eines Besuches im Haushalt hilft ⁵⁾.

Der stärkste Schutz wird den "invitees" zuteil. Der "landowner" hat sie vor versteckten Gefahren zu warnen und im übrigen Inspektionen zu ihren Gunsten durchzuführen und Sicherheitsmaßnahmen zu treffen ⁶⁾. Für die Position als "invitee" ("public invitee" oder "business visitor") wird es als wesentlich angesehen, daß der Besitzer durch den Besuch einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt, man spricht auch von dem "economic benefit test" ⁷⁾. Außerdem wird der "invitation test" herangezogen, den man zurückführt auf eine stillschweigende und sich auf den sicheren und einwandfreien Zustand des Objekts beziehende Erklärung des Besitzers gegenüber denjenigen, deren Besuch seinem Interesse entsprechend zu erwarten ist ⁸⁾. "Invitees"

-
- 1) Vgl. Aguilar v. Riverdale Coop. Creamery Ass'n, 104 Cal. App. 263, 285 P. 889 (1930).
 - 2) Vgl. Midland Valley R.Co. v. Littlejohn, 44 Okla. 8, 143 P. 1 (1914).
 - 3) Vgl. Phillips v. Bush, 50 Tenn.App. 639, 363 S.W. 2d 401 (1961).
 - 4) Vgl. Ockerman v. Faulkner's Garage, 261 S.W. 2d 296 (Ct.App.Ky. 1953).
 - 5) So in Cochran v. Abercrombie, 118 So. 2d 636 (Dist. Ct.App.Fla. 1968); allgemein sonst Kapka v. Urbaszewski, 47 Ill.App. 2d 321, 198 N.E. 2d 569 (1964); Comment, 26 Wash. & Lee L.Rev. 128, 130 (1969); Gäste als "invitees" werden bislang in Louisiana und Michigan anerkannt, vgl. Prosser, Torts, § 60 (379) mit Nachweisen in Fn. 90 u. 91.
 - 6) Vgl. Graham v. Loper Elec.Co., 192 Kan. 558, 389 P. 2d 750 (1964); Comment, 26 Wash. & Lee L.Rev. 128, 130 (1969).
 - 7) Vgl. Chambers v. Peacock Constr. Co., 115 Ga.App. 670, 155 S.E. 2d 704 (1967); Ward v. Thompson, 57 Wash. 655, 359 P. 2d 143 (1961); dazu ausführlich Dieckmann, 39 ff.
 - 8) Vgl. Comment, 26 Wash. & Lee L.Rev. 128, 132 (1969).

können dann zwar Personen sein, bei denen "economic benefit" nicht zu beachten ist; "social guests" werden aber im Rahmen des "invitation tests" nicht erfaßt.

Die Übertragung dieser Maßstäbe auf Sachverhalte mit "premises in common use" ließe die durch die jeweils vorhandenen Mietverhältnisse geschaffenen Sonderverbindungen unberücksichtigt. Bei der Bestimmung der Anspruchsberechtigten steht deshalb die Beziehung zwischen Mieter und geschädigtem Dritten im Vordergrund, zu deren Untersuchung und Beurteilung allerdings auf die angesprochenen allgemeinen Regeln gelegentlich zurückgegriffen wird, insbesondere in Form der bekannten Klassifizierungen.

Deliktisch verantwortlich ist der Vermieter zweifellos den "invitees" ¹⁾ und den Familienangehörigen des Mieters ²⁾. Da "premises in common use" jedoch von sämtlichen Mietern und deren Berechtigten ("consent", "in the right of tenant") benutzt werden können und sollen - quasi im Interesse des Vermieters - erstreckt sich die Haftung nach klar dominierender Ansicht der

1) Vgl. z.B. Whellkin Coat Co. v. Long Branch Trust Co., 121 N.J.L. 106, 1 A. 2d 394 (1938), hier wurde das Eigentum des "invitee" beschädigt; Siegel v. Detroit City Ice & Fuel Co., 324 Mich. 205, 36 N.W. 2d 719 (1949); Swenson v. Slawik, 236 Minn. 403, 53 N.W. 2d 107 (1952); natürlich werden auch Angestellte des Mieters geschützt, vgl. While v. Ellison Realty Corp., 5 N.J. 228, 74 A. 2d 401 (1950); Friend v. Gem International, Inc., 476 S.W. 2d 134 (Mo.Ct.App. 1971) mit ausführlicher Begründung; schließlich Chalfen v. Kraft, 324 Mass. 1, 84 N.E. 2d 454 (1949) für den Babysitter des Mieters.

2) Vgl. Powell v. Weiner, 325 Ill.App. 697, 60 N.E. 2d 646 (1945); Conroy v. 10 Brewster Ave.Corp., 97 N.J. Super. 75, 234 A. 2d 415 (App.Div. 1967).

Gerichte auch auf die "licensees" des Mieters ¹⁾, sofern sie das Gebäude oder Grundstück zweckentsprechend benutzen ²⁾. Auf diese Weise wird auch Gästen des Mieters deliktischer Schutz zuteil ³⁾. Die zwischen "licensees" und "invitees" differenzierenden Gerichtsentscheidungen ⁴⁾ beachten nicht die mietspezifisch veränderte Situation.

Die Unzufriedenheit über die traditionell auf den Status des Geschädigten als "trespasser", "licensee" oder "invitee" ausgerichtete Verantwortlichkeit des Grundbesitzers wie des Vermieters gegenüber verletzten Dritten war in der ständigen Ausweitung der "invitee"-Gruppe und bei den Problemen mit "social guests" offenkundig geworden. Dennoch erschien der

-
- 1) Vgl. Menard v. Cashman, 94 N.H. 428, 55 A. 2d 156 (1947); Dixon v. Wooton, 307 Ky. 338, 210 S.W. 2d 967 (Ct.App. 1948). Der "tenant", seine "invitees" und "licensees" werden behandelt wie des Vermieters "business invitees". Dieser wiederum ist definiert als Person, "who is invited to enter or remain on land for a purpose directly or indirectly connected with business dealings with the possessor of the land, "Restatement (2d) of Torts, § 332 (3) & comment k; vgl. weiter Snyder v. I.J.Realty Co., 30 N.J. 303, 153 A. 2d 1 (1959) und Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 67 m.w.N.
 - 2) Vgl. für Hausierer Jolles v. 3720 Corp., 163 Misc. 51, 296 N.Y.S. 354 (App.T. 1937); für jemanden, der nur die Toilette eines Geschäftshauses benutzen will Medcraft v. Merchants' Exchange, 211 Cal. 404, 295 P. 822 (1931).
 - 3) Vgl. Taneian v. Meghrigian, 15 N.J. 267, 104 A. 2d 689 (1954); Sockett v. Gottlieb, 187 Cal.App. 2d 760, 9 Cal.Rptr. 831 (1960); Van Der Woude v. Gatty, 107 N.J. Super. 164, 257 A. 2d 720 (1969).
 - 4) Vgl. z.B. Book v. Heath, 181 S.W. 491 (Tex.Civ. App. 1915); Ansara v. Skaff, 259 Mass. 197, 156 N.E. 29 (1927); Hart v. Sullivan, 324 Ill.App. 243, 58 N.E. 2d 301 (1944).

wichtige Fall Rowland v. Christian ¹⁾ anfangs noch als seltene, sich gegen Klassifizierungen aussprechende Einzelentscheidung. In Wirklichkeit war er jedoch "leading case" für eine neue Entwicklung ²⁾, die im Zusammenhang zu sehen ist mit der im Rahmen der Erörterung der "negligence"-Grundsätze schon deutlich erkennbaren Tendenz des amerikanischen Deliktsrechts zu einer Eliminierung oder zumindest Lockerung von "technical status positions", u.a. der Überwindung von "privity", der Abschaffung von Immunitäten und der verstärkten Beachtung von "policy"-Gesichtspunkten.

Rowland v. Christian und die nachfolgenden Entscheidungen wenden sich vornehmlich gegen die Methode, den Kläger zunächst in eine der drei Klassen einzuordnen, um erst dann - an der jeweiligen Klasse sich orientierend - die dem Beklagten obliegende Sorgfaltspflicht zu bestimmen. Ein Gericht habe vielmehr, so heißt es, den Interessenkonflikt zwischen dem Anspruch auf uneingeschränkten und ungestörten Besitz und dem Schutzbedürfnis des Anwesenden vor Verletzungen, die durch Fahrlässigkeit des "landowner" oder "occupier" verursacht wurden, durch Abwägung verschiedener Faktoren zu lösen. Dieses sei am ehesten möglich

-
- 1) Rowland v. Christian, 69 Cal. 2d 108, 443 P. 2d 561, 70 Cal.Rptr. 97 (1968), ein Gast ("licensee") verletzte sich an einem defekten Wasserhahn in dem Appartement des beklagten Gastgebers, dem der mangelhafte Zustand bekannt war. Vgl. zu früheren Entscheidungen Annot., 32 A.L.R. 3d 508, 524 ff. (1970).
 - 2) Inzwischen haben sich viele Staaten der californischen Rechtsprechung angeschlossen, vgl. Smith v. Arbaugh's Restaurant, Inc., 152 App.D.C. 86, 469 F. 2d 97, cert. den. 412 U.S. 939, 37 L.Ed. 399 (1973); Mile High Fence Co. v. Radovich, 474 P. 2d 796 (Colo.Ct.App. 1970) aff'd. 489 P. 2d 308 (1971); Hix v. Billen, 284 So. 2d 209 (Fla. 1973); Pickard v. City and County of Honolulu, 452 P. 2d 445 (Hawaii 1969); Mounsey v. Ellard, 297 N.E. 2d 43 (Mass. 1973); Peterson v. Balach, 294 Minn. 161, 199 N.W. 2d 639 (1972); Heald v. Cox, 480 S.W. 2d 107 (Mo.App. 1972); Supples v. Canadian Nat.Ry.Co., 386 N.Y.S. 2d 489 (App.Div. 1976); Mariorenzi v. Joseph Di Ponte, Inc., 333 A. 2d 127 (R.I. 1975).

im Rahmen der Beurteilung einer "duty to take care" gegenüber "foreseeable entrants". Eine entscheidende Rolle käme dabei u.a. der Berechtigung des Geschädigten zum Aufenthalt zu.

Von den Entscheidungen unerwähnt, aber gleichermaßen zu berücksichtigen sind beispielsweise sowohl die spezifischen Eigenheiten eines Gebäudes oder einer Wohnung, das Kennen oder Kennenmüssen des Besitzers von der möglichen Anwesenheit bestimmter Personen oder die Wahrscheinlichkeit von Verletzungen ¹⁾, als auch "housing codes" und bestehende Mietverhältnisse mit ihren denkbaren Sonderkonditionen und Absprachen. Diese Überlegungen und Prinzipien haben somit ebenso Auswirkungen auf das Dreiecksverhältnis von Vermieter, Mieter und Dritten und beanspruchen natürlich auch bei den übrigen Ausnahmen von "caveat emptor" Geltung, sofern dort bei der Konkretisierung ersatzberechtigter Personen auf die herkömmliche Klassifizierung zurückgegriffen wurde.

(g) "statutory duty to repair"

Abweichungen von dem Grundsatz "caveat emptor" kommen aber nicht nur in den von der Rechtsprechung entwickelten Ausnahmen zum Ausdruck, sondern auch in dem Erlaß von "housing codes". Das klar erkennbare Streben nach einer Verlagerung der Verantwortlichkeit für Instandsetzung und Erhaltung hat ebenfalls Auswirkungen auf die Haftung des Vermieters, je nach Ausgestaltung der einzelnen Norm. Zweckmäßigerweise unterscheidet man drei verschiedene Arten von "statutes".

1) Vgl. Comment, 26 Wash. & Lee L.Rev. 128, 134 (1969); Prosser, Torts, § 62 (399) mit dem Hinweis (Fn. 4) auf die Übernahme von Regeln, die für "trespassing children" gelten.

Zunächst diejenigen, in denen dem Vermieter nur generell auferlegt wird, das Mietobjekt in "good repair" zu halten ¹⁾. Bei Mißachtung droht eine "criminal sanction", die durch die zuständige Gemeinde verhängt wird. Umstritten ist jedoch, ob Mieter und Dritte einen Deliktsanspruch unmittelbar aus dem Gesetzesverstoß stützen können. Die ablehnende Ansicht beruft sich darauf, daß eine dementsprechende Absicht des Gesetzgebers konkret aus der Norm hätte hervorgehen müssen. Beabsichtigt gewesen sei der Erlass einer Strafvorschrift, nicht die Änderung mietrechtlicher Prinzipien ²⁾. In anderen Entscheidungen wird dagegen die Verletzung der von den "housing codes" aufgestellten Pflichten als "negligence per se" oder "evidence of negligence" angesehen. Darauf könnten sich der Mieter und jeder berechtigterweise Anwesende berufen ³⁾.

Die sog. "civil statutes" ⁴⁾ eröffnen dem Mieter zwar die Möglichkeit, notwendige Reparaturen selbst ausführen zu lassen und die Kosten von der Miete abzusetzen, oder aber das Mietobjekt zu verlassen, wenn es der "landlord" nicht in ordnungsgemäßem Zustand hält ("repair and deduct"). Weitere Ansprüche - etwa

1) Vgl. z.B. Conn.Gen.Stat.Ann. § 19-343 (1969); Mich.Stat.Ann. § 5.2843 (1969); N.J.Stat.Ann. § 55:13 A-7 (Supp. 1974); N.Y.Mult.Dwell. § 78 (Mc Kinney 1946).

2) Vgl. Johnson v. Carter, 218 Iowa 587, 255 N.W. 864 (1934); Palmigiani v. D'Argenio, 234 Mass. 434, 125 N.E. 592 (1920); Clarke v. Kerchner, 11 N.C.App. 454, 181 S.E. 2d 787 (1971).

3) Vgl. Goude v. De Beve, 330 F. 2d 826 (D.C.Cir. 1964); Rietze v. Williams, 458 S.W. 2d 613 (Ct.App. Ky. 1970);

allerdings besteht im Rahmen dieser Meinungsgruppe keine Einigkeit darüber, ob eine "general duty" als Voraussetzung ausreichen kann, oder eine "specific duty" verlangt worden sein muß, vgl. dazu Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 72 ff.

4) Vgl. z.B. Cal.Civ.Code §§ 1941, 1942 (West 1954 & Supp. 1974); Mont.Rev.Codes Ann. §§ 42-201 & 42-202 (1947); Okla.Stat.Ann.tit. 41, §§ 31, 32 (1971).

aus Delikt wegen Körperverletzung oder Sachschäden - werden allerdings übereinstimmend abgelehnt ¹⁾.

Keine Interpretationsprobleme ergeben sich für die Gerichte bei dem dritten Gesetzestyp. Nach diesen "statutes" hat der Vermieter für eine "good condition" zu sorgen und haftet den verletzten Personen bei Nichterfüllung seiner Pflichten ausdrücklich nach Deliktsgrundsätzen ²⁾.

(3) Haftung aus Vertrag

Die berechtigten Zweifel an den herkömmlichen Regeln des amerikanischen Mietrechts und die anschließende Neuorientierung bei der Beurteilung des Verhältnisses von "landlord" und "tenant" sind in ihrer Bedeutung als Ausgangspunkt und theoretische Grundlage für den derzeitigen Wandlungsprozeß nicht zu unterschätzen. Dennoch beläßt man es im wesentlichen bei diesen Überlegungen und vermeidet die sich eigentlich aufdrängenden Konsequenzen. In den weiteren Ausführungen wird deshalb der Versuch unternommen, den eingeschlagenen Weg im Hinblick auf die Vermieterhaftung weiter zu beschreiten.

Bekanntlich wurde ein Abrücken von "caveat emptor" erst in Betracht gezogen, nachdem sich die Überzeugung von der vertraglichen Natur der Miete durchgesetzt hatte und man infolgedessen zu einer Anerkennung der "implied warranty of habitability" gelangen konnte, gleichgültig, ob diese nun auf "policy considerations"

1) Vgl. die ausführlichen Hinweise auf die Rechtsprechung in Annot., 17 A.L.R. 2 d 704, 721 (1951).

2) Vgl. Ga.Code Ann. §§ 61-111, 61-112 (1960); La.Civ. Code Ann. Arts. 670, 2322, 2693, 2694, 2695 (West 1952).

oder auf "housing codes" gestützt wurde. Die noch auf "caveat emptor" zurückzuführende grundsätzliche Haftungsfreistellung mit ihren zahlreichen Ausnahmen ist hingegen weitgehend unangetastet geblieben, zu sehr stand nur eine Verbesserung des allgemeinen Zustandes von Gebäuden und Wohnungen im Vordergrund. Dabei drängen sich verschiedene Möglichkeiten förmlich auf, um zu einer an allgemeinen Haftungskategorien ausgerichteten Verantwortlichkeit des Vermieters für "personal injuries" oder "property damages" zu gelangen.

Ein Ersatz derartiger Schäden allein aus Vertrag entspricht zwar nicht den typischen "contract remedies" ¹⁾, dennoch ist allgemein anerkannt, daß durch "breach of warranty" entstandene Folgeschäden zu einem Anspruch ex contractu führen können. Darauf ist für den Bereich der Miete sogar schon von einer Entscheidung hingewiesen worden ²⁾. Eine Anlehnung an die zum Bruch einer Garantiezusage beim Kauf ergangenen Vorschriften des Uniform Commercial Code ist naheliegend ³⁾, sollte aber - außerhalb der "strict liability"-Haftung - hier zweckmäßigerweise nur Begründungshilfe und nicht Gebot zu uneingeschränkter Übernahme dieser Regeln sein.

1) Vgl. oben S. 92.

2) Vgl. die viel diskutierte Entscheidung Kline v. 1500 Massachusetts Ave. Apartment Co., 439 F. 2d 477 (D.C.Cir. 1970), in der einem Mieter ein Anspruch aus Vertrag wie aus Delikt wegen Verletzungen zustand wurde, die er sich bei einem kriminellen Überfall in der Eingangshalle zugezogen hatte. Nachweise über die verschiedenen Urteilsbesprechungen bei Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 124 Fn. 590.

3) Vgl. dazu Note, 35 Ohio St.L.J. 212, 221 (1974); Note, 2 Fordham Urban L.J. 647, 659 (1974); zur Drittbestimmung durch den Uniform Commercial Code vgl. oben S. 186 ff.

Zu den Vorteilen der Vertragsklage ist neben der günstigeren Beweislastverteilung zu zählen, daß Fragen nach Mitverschulden und "assumption of risk" entfallen können. Schwierigkeiten ergeben sich aber schon insofern, als vornehmlich auf "intent" der Parteien abzustellen ist. Ersatzansprüche können leicht vermieden werden, wenn man die Verantwortlichkeit für bestimmte Schäden als von den Parteien nicht beabsichtigt wertet. Dazu kommen erhebliche Nachteile wie "notice requirement", "disclaimer" und teilweise auch "privity". Dritte können auf diese Weise kaum einbezogen werden.

(4) Anwendung von "negligence"-Grundsätzen

Ausgehend von der Tatsache, daß "negligence"-Grundsätze wie etwa "reasonable care" im Mietrecht kaum jemals Anwendung gefunden haben, könnte man die Rechtsprechung vermutlich eher dazu bringen, durch Ausdehnung der "warranty"-Haftung (quasi vertraglich) Schadensersatz für "personal injuries" und "property damages" einzubeziehen, als eine allgemeine "negligence-theory" zu übernehmen, zumal so an der traditionellen "tort immunity" ¹⁾ festgehalten werden könnte.

Naheliegender erscheint jedoch eine deliktische Haftung entsprechend den Voraussetzungen einer "negligence"-Klage und insofern immanent die Betonung einer dem "landlord" obliegenden "duty to take reasonable care". Für die sich daraus

1) Wenn von Haftungsfreistellung oder Immunität des Vermieters die Rede ist, so wird damit im wesentlichen diese "tort immunity" angesprochen.

zwangsläufig ergebende Aufhebung der Immunität sprechen mannigfaltige Gründe, die sich teilweise decken mit den Argumente, die zur Bestätigung einer "implied warranty of habitability" angeführt wurden.

Unübersehbar sind zunächst die Schwierigkeiten und oft abenteuerlichen Versuche den jeweiligen Sachverhalt und seine Gegebenheiten unter eine der anerkannten Ausnahmen von "caveat emptor" zu subsumieren. Weiterhin werden viele Vermieter von der Durchführung notwendiger Reparaturen abgehalten, weil sie befürchten, daß man daraus eine "control" über das Mietobjekt und damit eine Haftung im Rahmen der Ausnahme "common use" ableiten könnte. Ein Beharren auf der Haftungsfreistellung des Vermieters wäre unvereinbar mit dem allgemeinen und gerade entgegengesetzten Trend zur Abschaffung von "immunities" und zu einer Befreiung des Deliktsrechts von starren und künstlichen Klassifizierungen, wie beispielsweise dem Abrücken von "trespasser, licensee, invitee"-Kategorien und damit dem Hervorheben von "conduct" im Gegensatz zu "status" ¹⁾. Infolgedessen können erheblich mehr generelle Faktoren aber auch Einzelheiten des konkreten Falles berücksichtigt werden. Bedenkt man schließlich, daß "tort immunity" die Konsequenz von "caveat emptor" gewesen und unlösbar damit verbunden ist, dann kann eine Aufrechterhaltung nicht mehr gerechtfertigt werden, wenn man sich - wie inzwischen der überwiegende Teil der Rechtsprechung - zu einer "implied warranty of habitability" bekennt.

Mit diesem Problemkreis hat sich ein Gericht in seiner Urteilsbegründung sogar schon eingehend befaßt, nämlich

1) Vgl. oben S. 231 ff.

der New Hampshire Supreme Court in *Sargent v. Ross* ¹⁾. In dieser Aufsehen erregenden ²⁾ und viel diskutierten Entscheidung ³⁾, deren Aussage sich inzwischen andere Staaten angeschlossen haben ⁴⁾, nahm man erstmals ausdrücklich Abstand von einer "tort immunity" und setzte sich für die Anwendung von "negligence"-Grundsätzen ein, wenn auch noch einige Fragen offen blieben, z.B. Ausführungen über den geschützten Personenkreis, das Erfordernis von "notice", Mitverschul-

-
- 1) *Sargent v. Ross*, 113 N.H. 388, 308 A. 2d 528 (1973).

Folgender Sachverhalt lag zugrunde: Die vierjährige Tochter der Klägerin starb an den Folgen eines Sturzes, der sich auf einer Außentreppe im Hause der Beklagten ereignete. Das Kind war anwesend, weil in diesem Gebäude die Babysitterin als Mieterin wohnte und dort wie üblich auf das Mädchen aufzupassen hatte. Die Treppe wurde als zu steil und vor allem das Gelände zur Verhinderung eines Sturzes völlig ungeeignet angesehen.

- 2) Love spricht von einer "landmark decision", 1975 Wis.L.Rev. 19, 113 Fn. 509.
- 3) Vgl. u.a. Note, 35 Ohio St.L.J. 212 ff. (1974); Note, 43 U.Cin.L.Rev. 218 ff. (1974); Note, 59 Cornell L.Rev. 1161 ff. (1974); Note, 2 Fordham Urban L.J. 647 ff. (1974); Annot., 64 A.L.R. 3d 339 ff. (1975).
- 4) Vgl. *Di Marzo v. S. & P. Realty Corp.*, 306 N.E. 2d 432, 434 (Mass. 1974); *Anderson v. Welsh*, 86 N.M. 767, 527 P. 2d 1079 (Ct.App. 1974); *Smith v. Munger*, 532 P. 2d 1202 (Okla.Ct.App. 1974); *Pollard v. Roberts*, 306 So. 2d 801 (La.Ct.App. 1975); *Parr v. Mc Dade*, 314 N.E. 2d 768 (Ind.Ct. App. 1974); für Californien *Brennan v. Cockrell Inv., Inc.*, 35 Cal.App. 3d 796, 111 Cal.Rptr. 122 (1973), allerdings dient als Basis hier *Rowlands v. Christian*, 69 Cal. 2d 108, 443 P. 2d 561, 70 Cal.Rptr. 97 (1968), dessen Regeln für das Verhältnis "landlord-tenant" übernommen werden. Die californischen Fälle, die eine "duty to take care" einführen, sind deshalb besonders interessant, weil sie schon zu einer Zeit entschieden wurden, als eine "implied warranty of habitability" noch nicht akzeptiert war. Dies geschah erst in *Green v. Superior Court*, 10 Cal. 3d 616, 517 P. 2d 1168, 111 Cal.Rptr. 704 (1974).

den oder "assumption of risk" ¹⁾.

Weitere Gründe können zur Unterstützung dieser neuen Richtung herangezogen werden. Ein Blick auf "products liability" bietet sich schon an dieser Stelle als "legal precedent" an, nicht nur wegen der vergleichbaren Rechtsentwicklung, sondern auch wegen ähnlicher Fallgestaltungen ²⁾. Außerdem ist Georgia's Statute zu erwähnen ³⁾. Danach war eine "duty to take care" schon seit vielen Jahren zu beachten.

Die "negligence"-Haftung scheint ferner deshalb von Vorteil zu sein, weil sonst die weitere Ausnahme "breach of implied warranty of habitability" konstruiert würde. Daraus ergäben sich neue Probleme durch die einzelstaatlich unterschiedlichen Anforderungen an das Merkmal "breach" ⁴⁾. Ebenso wird man der "compensatory function of tort law" auf diese Weise am ehesten gerecht. Die Position der Vermieter wiederum verschlechtert sich nur unwesentlich. Sie können das erhöhte Risiko besser verteilen; etwa durch entsprechenden Versicherungsschutz, für den die meisten "landlords" ohnehin schon wegen der vielen Ausnahmen von der ursprünglichen Haftungsfreistellung gesorgt haben ⁵⁾.

1) Im Rahmen des gegebenen Falles hatte das Gericht allerdings nur geringe Veranlassung zu einer derartigen Stellungnahme.

2) Näher zu diesen Gedanken im Anschluß unter (5), S. 246 ff.

3) Ga.Code Ann. § 61-111, § 61-112 (1966); vgl. schon zuvor S. 239.

4) Vgl. dazu ausführlich Note, 59 Cornell L.Rev. 1161, 1168 f. Fn. 43 (1974).

5) Vgl. Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 116 f. Fn. 538 a.E. Die Nachteile der Anwendung von "negligence"-Grundsätzen bzgl. des Mitverschuldens und "assumption of risk" sollen nicht unerwähnt bleiben.

(5) "strict liability"

Sowohl die Rechtfertigungs- und Begründungsversuche einer "implied warranty of habitability" als auch die Befürwortung der "negligence"-Haftung sind vor dem Hintergrund einer möglichen Analogie zu den für das Verhältnis von Verkäufer und Käufer (bzw. Hersteller und Verbraucher) geltenden Grundsätzen zu sehen. Die Ähnlichkeit der Situationen von "consumer" und "tenant" haben zahlreiche Gerichte dement-sprechend herausgestellt ¹⁾. Man charakterisierte "lease" als einen Vertrag, in welchem dem Mieter außer dem einwandfreien Mietobjekt ein Bündel an "service"-Leistungen versprochen wird. Ob man allerdings gleich von einem "Produkt" sprechen sollte, erscheint sehr fraglich ²⁾.

Unter Berücksichtigung der raschen und vielschichti-gen Ausweitung sowie häufigen Anwendung der "products liability" ist eine vergleichbare Entwicklung im Mietrecht durchaus denkbar und sogar zu erwarten ³⁾. Voraussetzung für eine sich daraus ergebende "strict liability" des Vermieters dürfte jedoch grundsätzlich sein, daß dieser ein "business of leasing" betreibt. Zwei Wege bieten sich zur Bestimmung dieses Kriteriums an. Die Entscheidung von Fall zu Fall unter jeweili-ger Beachtung etwa der Erfahrung und des Sachverständes

1) Im Hinblick auf "implied warranty of habitability" vgl. *Javins v. First National Realty Corp.*, 428 F. 2d 1071 (D.C.Cir. 1970); *Green v. Superior Court*, 10 Cal. 3d 616, 627, 517 P. 2d 1168, 1175, 111 Cal. Rptr. 704, 711 (1974); *Lemle v. Breeden*, 51 Hawaii 426, 432, 462 P. 2d 470, 473 f. (1969); *Reste Realty Corp. v. Cooper*, 53 N.J. 444, 453, 251 A. 2d 268, 272 (1969); *Mease v. Fox*, 200 N.W. 2d 791 (Iowa 1972).

2) So aber *Mc Kibbin*, 3 *Pepperdine L.Rev.* 132, 155 (1975).

3) Zahlreiche Autoren geben diesbzgl. Hinweise, vgl. u.a. *Quinn & Phillips*, 38 *Fordham L.Rev.* 225, 254 (1969); *Love*, 1975 *Wis.L.Rev.* 19, 130 ff.; *Note*, 21 *Hastings L.J.* 458 ff. (1970); *Note*, 9 *Cal.W.L.Rev.* 547 ff. (1973); *Comment*, 12 *San Diego L.Rev.* 401 ff. (1975).

des "landlord" in gewerblicher Vermietung ¹⁾ und seiner Fähigkeit das Schadensrisiko zu tragen ²⁾. Aus Gründen der Rechtssicherheit indessen erscheint die Festlegung auf eine konkrete Anzahl von Mietobjekten von Vorteil zu sein. Wesentlich ist dann aber eine einheitliche Lösung dieser Frage, gleichgültig, ob man nun als Maßstab "multiple-unit dwellings" entsprechend mancher "housing codes" ³⁾ nimmt, oder beispielsweise fünf und mehr Wohnungen für ausreichend erklärt ⁴⁾.

Die von der Rechtsprechung im Rahmen der Befürwortung einer strikten Haftung auch bei anderen als Kaufgeschäften angestellten "policy"-Erwägungen könnten gleichermaßen geeignet sein für "lessors of real property". So sind die mangelnde Fähigkeit und Gelegenheit des Mieters zu sorgfältiger Inspektion sowie das Vertrauen auf einwandfreien Zustand und Erhaltung des Objekts vergleichbar mit der "superior position" des Herstellers eines Produktes ⁵⁾ bzw. mit den in ihn gesetzten Erwartungen. Ein Vermieter "in the business of leasing" wird weiterhin eher in der Lage sein das Schadensrisiko zu tragen und zu verteilen - etwa durch

1) Vgl. Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 135 Fn, 661 a.E.

2) Vgl. dazu schon W.E. Johnson Equip.Co. v. United Airlines, Inc., 238 So. 2d 98, 100 (Fla. 1970).

3) Vgl. Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 135 Fn. 661 m.w.N.

4) Vgl. Comment, 12 San Diego L.Rev. 401, 417 (1975), der sich fälschlicherweise auf Fakhoury v. Magner, 25 Cal.App. 3d 58, 101 Cal.Rptr. 473 (1972) beruft. In diesem Fall gehörten dem Vermieter immerhin zwei große Appartementblöcke.

Der Vermieter eines Zweifamilienhauses wurde nicht als "in the business of leasing" angesehen, vgl. Conroy v. 10 Brewster Avenue Corp., 97 N.J.Super. 75, 234 A. 2d 415 (App.Div. 1967).

5) Es kann sich hier auf die zur Produkthaftung führenden Überlegungen beschränkt werden.

entsprechende Versicherungen oder durch Inanspruchnahme von Drittschädigern.¹⁾ Schließlich würden dem klagenden Mieter erhebliche Beweisschwierigkeiten genommen. Ähnlich der Situation des Konsumenten ist der "lessee" bei fahrlässigem Verhalten des Vermieters meist nicht anwesend oder kann bei einem Unterlassen weder positive Kenntnis noch Kennenmüssen des Defekts nachweisen.

An konkreten Präjudizien kann nur auf zwei Entscheidungen verwiesen werden. Eine Haftung nach "strict liability"-Grundsätzen wurde auf das Verhältnis von "landlord" und "tenant" ausgedehnt in *Fakhoury v. Magner*²⁾. Hier hatte sich der Mieter eines möblierten Appartements an einer defekten Couch verletzt. Das Gericht ging nicht explizit auf die bekannte Ausnahme "implied warranty of habitability in furnished dwellings for a short term"³⁾ ein, erweiterte diese aber letztlich durch die Befürwortung einer ausschließlich auf Möbelstücke bezogenen "strict liability" eines "lessors in the business of renting furnished apartments". Gleichzeitig sah man keinen Grund für eine Differenzierung zwischen den strikt

-
- 1) Dem Argument, daß die anfallenden Versicherungsprämien auf die Mieten umgelegt und diese beträchtlich erhöhen würden kann ein Vergleich der Durchschnittsmieten verschiedener Staaten mit denen von Louisiana - dort ist "strict liability" seit langer Zeit anerkannt - entgegengehalten werden. Vgl. Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 135 Fn. 662. Vgl. ebenda (142 ff.) auch zu der gesetzlichen Regelung der "strict liability" in Louisiana. Die Statutes werden als "legal precedents" für die neuen Thesen angeführt, obwohl sie eigentlich nur "Rechtsquellen zweiten Ranges" (so Blumenwitz, 45) sein sollen.
- 2) *Fakhoury v. Magner*, 25 Cal.App. 3d 58, 101 Cal. Rptr. 473 (1972).
- 3) Vgl. oben S. 219 ff.

haftenden Vermietern von "personal property" und denen von "real property". Diese Tatsache ist um so erstaunlicher, als dieses - wenn auch nur auf die Wohnungseinrichtung sich beziehende Urteil - zeitlich vor der Anerkennung einer "implied warranty of habitability" in Californien ¹⁾ ergangen war. Nachdem die Miete nunmehr als Vertrag angesehen wird, stünde einer Ausdehnung der "strict liability doctrine" unter gewissen Voraussetzungen auf "lessors of real property" eigentlich nichts mehr im Wege und ist in Zukunft durchaus möglich ²⁾.

Ablehnend äußerte man sich dagegen in *Dwyer v. Skyline Apartments* ³⁾. Als Mieterin in einem Mehrfamilienhaus verletzte sich die Klägerin, als sich während eines Bades der durchgerostete Wasserhahn plötzlich löste und sie sich an dem herausströmenden Wasser verbrühte. Ein Verschulden konnte dem Vermieter nicht nachgewiesen werden. Somit blieb eine "negligence"-Klage außer Betracht. Das Gericht lehnte eine "strict liability" aus mehreren Gründen ab. Eine Wohnung setze sich aus verschiedenen Räumen und hilfreichen Einrichtungen zusammen und sei schon insofern unvergleichbar mit einem normalen Produkt ⁴⁾. Bei einer derartigen sich über die gesamte Mietzeit erstreckenden Haftungsausdehnung auf unvorhersehbare "latent defects" werde die Belastung der "ordinary landlords" zu groß, so daß viele Objekte aufgegeben und dem Wohnungsmarkt entzogen würden ⁵⁾.

1) Diese erfolgte bekanntlich erst in *Green v. Superior Court*, 10 Cal. 3d 616, 517 P. 2d 1168, 111 Cal.Rptr. 704 (1974).

2) Vgl. Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 132.

3) *Dwyer v. Skyline Apartments, Inc.*, 123 N.J.Super. 48, 301 A. 2d 463 (App.Div. 1973), aff'd mem. 63 N.J. 577, 311 A. 2d 1 (1973).

4) Vgl. *Dwyer v. Skyline Apartments, Inc.*, 123 N.J.Super. 48, 55, 301 A. 2d 463, 467 (App.Div. 1973).

5) aaO.; es wird noch darauf verwiesen, daß die ständige Abnutzung und der Verschleiß der Apartments eine Vermittlung von gebrauchtem Eigentum darstelle und schon deshalb eine strikte Verantwortlichkeit unzumutbar sei. Vgl. zu den überzeugenden Gegenargumenten Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 138 ff.

Ohne die Schwierigkeiten für "low income tenants" bei erhöhten Mietzinsforderungen - etwa durch die angesprochene Umlage von Versicherungsprämien - ¹⁾ zu verkennen, gibt die Argumentation des Gerichts zahlreiche Ansatzpunkte zur Kritik. Im Verhältnis zu einem neu errichteten Haus, dessen "commercial builder" anerkanntermaßen einer strikten Haftung unterliegt ²⁾, kann man eine Wohnung kaum als komplexer bewerten. Die Anzahl der Handwerker dürfte als Begründung ebenfalls ungeeignet sein, wenn man sich die Herstellung eines Kraftfahrzeuges vor Augen hält.

Unter Berücksichtigung von "assumption of risk" und "abuse" erscheint eine strikte Verantwortlichkeit auch bei längerer Mietzeit nicht ungerecht. Unklar bleibt schließlich, warum das Gericht den Vermieter des Mehrfamilienhauses als "ordinary lessor" charakterisierte und nicht auf das Kriterium "in the business of leasing" einging. So bleibt unerwähnt, daß die Beklagte immerhin etwa 50 Appartements vermietete ³⁾.

Trotz der sich derzeit im Mietrecht schnell wandelnden Rechtsanschauungen kann eine beschränkte Anwendung von "strict liability" in diesem Bereich bislang nur vermutet werden. Sollte sich diese Lehre einmal durchsetzen, so hätten die Gerichte die Wahl zwischen den der "strict (products) liability" zu Grunde liegenden Theorien. Die Auswirkungen sollen hier nur im Hinblick auf die in dieser Arbeit vorrangig interessierende Drittbestimmungsproblematik angedeutet werden:

1) Dazu aber schon eben S. 247 f.

2) Vgl. Comment, 12 San Diego L.Rev. 401, 420 (1975); Love, 1975 Wis.L.Rev. 19, 137 f., jeweils m.w.N.

3) Diese Information geht auf eine mündliche Auskunft des Anwalts der Klägerin zurück.

Entsprechend der "warranty theory" bei der Produk-
tenhaftung würden Schadensersatzansprüche durch
Dritte in Anlehnung an die Vorschriften des Uniform
Commercial Code (§ 2-318) und die jeweiligen Alter-
nativen nicht mehr durch das "privity"-Erfordernis
gehemmt und sich überwiegend auf Familienmitglieder
und Gäste (Alternative A) erstrecken ¹⁾.

Die im Rahmen einer "strict liability in tort" klar
erkennbare Tendenz einer Ausdehnung der Produk-
tenhaftung auf "bystander" würde auch bei der Miete
zu einer Erweiterung des Kreises der Anspruchsberech-
tigten führen. Fraglich bleibt indessen, ob die Ge-
richte nicht erneut die Berechtigung zum Aufenthalt
als zusätzliches Kriterium und als Begrenzung heran-
ziehen würden. Ratsam erscheint vielmehr eine Angleichung
an die für die "negligence"-Klage entwickelten Prin-
zipien.

Damit könnte die Konkretisierung des ersatzberechtig-
ten Personenkreises einheitlich erfolgen, gleichgül-
tig auf welche Haftungsgrundlage der Geschädigte
seinen Anspruch stützt.

c) "professional liability"

Mit dem Oberbegriff "professional liability" oder auch
"professional negligence" - nicht gleichbedeutend mit
der Anspruchsgrundlage "negligence" - wird im ameri-
kanischen Recht die Haftung für fahrlässiges Fehlver-
halten bei der Ausübung bestimmter Berufe umrissen.
Die folgenden Vorbemerkungen gehen auf Bemühungen
amerikanischer Autoren zurück, die trotz der Unwägbar-
keiten des "common law" die Vielzahl der in Betracht

1) Vgl. oben S. 183 ff.

kommenden Fälle zu analysieren und gewisse Gemeinsamkeiten sowie Abgrenzungskriterien hervorzuheben versuchen ¹⁾.

Abgesehen von dem tatsächlichen Nutzen wäre es müßig, die Erörterung darüber zu vertiefen, was unter "profession" zu verstehen ist bzw. was einen "professional" auszeichnet. Trotz differierender Ausgangspunkte ²⁾ stimmt man nämlich darin überein, daß einerseits eine starre Kategorisierung oder Klassifizierung auf Grund des ständigen Wandels beruflicher Tätigkeiten nicht möglich ist und zum anderen die Wertung letztlich an "exercise of intellectual judgment as one's special skill" und dem "historic social status" ausgerichtet ist ³⁾.

Als komplex und uneinheitlich erweist sich weiterhin die Beurteilung des "professional standard" ⁴⁾. Das von dem "professional" geforderte Mindestmaß an Qualität muß ihm gewisse Fehler und Irrtümer unbeschadet zubilligen und darf nicht dazu führen, daß er zum Versicherer seiner Vertragspartner wird. Die Aufteilung in einzelne Verhaltens- bzw. Betätigungsweisen wie z.B. "care, knowledge, mechanical functions" oder "judgment" und deren gesonderte Betrachtung werden

1) Vgl. etwa Curran, in Rody & Andersen, Professional Negligence, 1 ff.; Comment, 121 U.Pa.L.Rev. 627 ff. (1973).

2) Einige "statutes" schlagen eine Beurteilung anhand funktioneller Gesichtspunkte wie "advanced training, continued use of intellect, judgment" vor /Pa.Stat. Ann.tit. 43, § 1101.301 (7) (Supp. 1972)/, andere zählen lediglich einzelne Berufe auf /D.C.Code § 29-1102 (b) (Supp.V 1972)/ oder verweisen auf das allgemeine Verständnis dieses Begriffs /5 U.S.C. §§ 3308, 4101 (4), 5361 (1970)/. Zum ganzen Comment, 121 U.Pa.L.Rev. 627, 629 f. (1973) mit Hinweisen in den Fn. 11 ff.

3) Vgl. Comment, 121 U.Pa.L.Rev. 627, 631 (1973).

4) Unterschiedliche Ansatzpunkte zeigen z.B. Green, 37 Yale L.J. 1029, 1035 (1928); Curran, in Rody & Andersen, Professional Negligence, 1; Morris, 42 Col. L.Rev. 1147, 1164 (1942); Reynolds, 23 Okla.L.Rev. 410, 417 (1970).

für eine genaue Analyse angeraten ¹⁾. Wesentlicher noch erscheint ein Blick auf den Einfluß verschiedener Faktoren bei der Aufstellung bzw. Ermittlung eines "professional standard". Der jeweilige Berufsstand nimmt eine zentrale Position in diesem Zusammenhang ein, sei es, daß formelle Richtlinien durch interne Organisationen erlassen werden, daß technische Vorgänge Normen setzen oder berufsethische Grundsätze und standesübliche Gewohnheiten zum Gradmesser werden. Konkrete "standards" können ebenso vom Gesetzgeber festgelegt werden, der vor allem im Bereich des Börsenhandels davon Gebrauch gemacht hat ²⁾. Schließlich beeinflusst der einzelne "professional" selbst die an ihn gestellten Erwartungen. Das geschieht u.a. nicht nur mindernd durch mögliche Freizeichnungen oder sonstige Absicherungen gegenüber den Klienten, sondern auch erhöhend bei Erfolgszusicherungen, Garantien oder seinem Auftreten als Spezialist ³⁾.

Es erübrigt sich, Umfang, Ausmaß und Grenzen der "professional liability" an dieser Stelle noch getrennt und generell zu erörtern; zum einen wegen der eingehenden Untersuchung der haftungsrechtlichen Probleme und Entwicklung zuvor ⁴⁾, zum anderen kann auf wesentliche Grundsätze, Besonderheiten und Tendenzen im Rahmen der Verantwortlichkeit folgender "professionals" spezifisch eingegangen werden.

1) Vgl. Comment, 121 U.Pa.L.Rev. 627. 636 ff. (1973).

2) Vgl. section 18 (a) des Securities Exchange Act v. 1934-15 U.S.C. § 78 r (a) (1970); oder sections 11 (b) (3), 11 (c) des Securities Act v. 1933-15 U.S.C. §§ 77 k (b) (3), 77 k (c).

3) Zu dem Problemkreis "Standard of Perfection: Professional as Insurer" vgl. Comment, 121 U.Pa.L. Rev. 627, 650 ff. (1973).

4) Sei es allgemein (S. 54 ff.) oder bei den Fallgruppen Kauf und Miete (S. 176 ff.).

aa) "Public Accountant"

In der Geschichte des noch relativ jungen Berufsstandes der "public accountants" sind Schadensersatzklagen anderer als unmittelbar am Vertrag beteiligter Personen aus "negligence" oder gar "contract" - nur diese Anspruchsgrundlagen kommen hier in Betracht - bislang nahezu einhellig verworfen worden. Bemerkenswert ist eine derart strikte Haltung wegen der gleichzeitig bei anderen "services" sowie bei Kauf oder Miete sich durchsetzenden Haftungsausdehnung, aber auch unter Berücksichtigung der schon angesprochenen Federal Securities Laws.

Der den Erstabsatz von "securities" betreffende Securities Act (1933) und der sich auf den Handel mit diesen Papieren erstreckende Securities Exchange Act (1934) waren zum Schutz des Anlagepublikums erlassen worden, nachdem spektakuläre und unorthodoxe Finanzierungen zu dem "stock market crash" von 1929 geführt hatten ¹⁾. Das Informationsdefizit der Käufer sollte nach dem Willen des Gesetzgebers ausgeglichen werden durch eine von unabhängigen "accountants" auszuführende, sorgfältige Beurteilung der wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse der jeweiligen Unternehmen sowie die Offenlegung der für den Börsenhandel relevanten Fakten. Bei schuldhafter Verletzung dieser Pflichten ist eine Haftung für mögliche Schäden ausdrücklich vorgesehen ²⁾, auch gegenüber Dritten im Rahmen der von der Rechtsprechung auszufüllenden und weit ausgelegten Section 10 (b) des Securities Exchange Act ³⁾ und der von der Securities and Exchange

1) Vgl. dazu Landis, 28 Geo.Wash.L.Rev. 29, 30 (1959).

2) Vgl. bspw. Section 11 des Securities Act - 15 U.S.C. § 77 k (1970); Section 18 des Securities Exchange Act - 15 U.S.C. § 78 r (1970).

3) 15 U.S.C. § 78 j (b) (1970).

Commission dazu erlassenen rule 10b - 5. ¹⁾ "Privity" wird nach diesen Vorschriften nicht verlangt ²⁾. Insoweit mag der Hinweis auf die Securities Legislation, mit der sich viele Autoren beschäftigt haben ³⁾, genügen.

Das Spektrum unterschiedlicher Aktivitäten von "public accountants" ist breit und erstreckt sich von Steuer-, Anlage- und Unternehmensberatungen über Vorbereitungen von Transaktionen bis hin zu der eigentlichen Hauptaufgabe, der sog. "audit function", die charakterisiert wird als "(a) Investigation and collection of data (b) Drawing of inferences from the findings and (c) Presentations of conclusions" ⁴⁾. Art und Umfang des im Einzelfall geforderten "audits" können ebenso variieren wie die jeweiligen Arbeitsmethoden. Eine an "common law" Grundsätzen ausgerichtete Haftung von "public accountants" gegenüber Dritten gilt es im Rahmen dieser "audit function" zu untersuchen.

Anzuknüpfen ist jedoch nicht allein an der Leitentscheidung *Ultramares Corp. v. Touche* ⁵⁾, sondern schon an dem neun Jahre zuvor ergangenen Urteil in *Glanzer*

1) 17 C.F.R. 240. 10b-5 (1974).

2) Vgl. *Fischer v. Kletz*, 226 F.Supp. 180 (S.D.N.Y. 1967); *Heit v. Weitzen*, 402 F. 2d 909 (2d Cir. 1968); *Hochfelder v. Ernst & Ernst*, 503 F. 2d 1100 (7th Cir. 1974); Comment, 74 Yale L.J. 658 ff. (1965).

3) Vgl. u.a. *Murphy*, 5 Golden Gate L.Rev. 305 ff. (1975); *Fiflis*, 28 Vand.L.Rev. 31 ff. (1975); *Marinelli*, 23 Case W.Res.L.Rev. 113, 126 ff. (1971); *Katsoris*, 36 Fordham L.Rev. 191 ff. (1967); Note, 67 Col.L.Rev. 1437, 1444 ff. (1967); Comment, 9 B.C. Ind. & Com.L.Rev. 137, 153 ff. (1967).

4) So *Fiflis*, 28 Vand.L.Rev. 31, 36 (1975) mit Hinweis auf *Hawkins*, 12 Vand.L.Rev. 797, 803 (1959).

5) *Ultramares Corp. v. Touche*, 225 N.Y. 170, 174 N.E. 441 (1931).

v. Shepard ¹⁾. Erst anhand eines Vergleichs der in beiden Fällen von Judge Cardozo stammenden Ausführungen kann die noch immer Geltung beanspruchende Grundregel für die "public accountants' liability" und ihr Hintergrund verdeutlicht werden.

Obwohl nicht die Verantwortlichkeit eines "accountant" betreffend kommt Glanzer v. Shepard deshalb erhebliche Bedeutung zu, weil hier das "privity"-Erfordernis in einer Entscheidung durchbrochen wurde, in der von einem Dritten Ersatz nicht für Körperverletzungen ²⁾, sondern für "economic loss" bzw. "business loss" aus "negligence" geltend gemacht wurde ³⁾. Im Auftrag und gegen Bezahlung des Verkäufers hatten die Beklagten als "certified public weigher" eine Schiffsladung Bohnen fahrlässig falsch ausgewogen und attestiert mit der Folge, daß der sich auf das Zertifikat verlassende Käufer (Kläger) einen überhöhten Kaufpreis zu entrichten hatte. Den Beklagten war bekannt, daß von ihrer Bewertung als Berechnungsgrundlage ausgegangen werden sollte. Auf diese Tatsache berief sich das Gericht in seiner Begründung und betonte, daß der Gebrauch durch vorhersehbare mögliche Käufer "end and aim of the transaction" ⁴⁾ gewesen

1) Glanzer v. Shepard, 233 N.Y. 236, 135 N.E. 275 (1922).

2) Vgl. den schon angesprochenen Fall Mac Pherson v. Buick Motor Co., 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916) (oben S.178 und 143).

3) Ein Abweichen von der "privity"-Regel zum Ausgleich derartiger Schäden ist zuvor lediglich bei "abstractors" zu beobachten gewesen, weniger allerdings zu verstehen als Abkehr von diesem Erfordernis im Bereich der Fahrlässigkeitshaftung, sondern vielmehr als Ausdehnung der "third party beneficiary theory" gedacht; vgl. Hawkins, 12 Vand.L.Rev. 797, 814 (1959); Miller, 47 Notre Dame Lawyer 588, 591 Fn. 20 (1972).

4) Glanzer v. Shepard, 233 N.Y. 236, 238, 135 N.E. 275 (1922).

sei und die Beklagten ihre Dienste primär zwecks Information Dritter erbracht hätten ¹⁾. Der Anspruch wurde konkret auf "duty" und damit auf "negligence" gestützt. Grundlage hätte jedoch ebenso das "third party beneficiary"-Konzept sein können ²⁾.

Die Argumentation in Glanzer mußte zu der Vermutung Anlaß geben, daß - im Unterschied zu der alten Entscheidung Landell v. Lybrand ³⁾ - nunmehr auch ein "accountant" bei fahrlässig unrichtiger Erstellung eines "audit" für schadensersatzpflichtig gegenüber solchen Personen gehalten würde, die sich aus den Umständen für ihn vorhersehbar auf seine Angaben verlassen haben.

Dieser Erwartung trat jedoch Cardozo in der berühmten Entscheidung Ultramares Corp. v. Touche ⁴⁾ entgegen. Die beklagte "public accountant" Firma Touche war von der Stern Co. mit der jährlichen Prüfung ihres Unternehmens beauftragt worden. Den Beklagten war zwar bekannt, daß das darüber von ihnen auszufertigende "certified balance sheet" zur Erlangung dringend benötigter Kredite verschiedenen Banken und Geldgebern unterbreitet werden würde, nicht jedoch deren Identität oder Anzahl ⁵⁾. Der Kläger hatte den von

1) So Cardozo später in Ultramares Corp. v. Touche, 255 N.Y. 170, 174 N.E. 441, 445 f. (1931) "primarily for the information of a third person ... and only incidentally for that of the formal promisee."

2) Vgl. Annot., 46 A.L.R. 3d 979, 985 (1972); ebenso Katsoris, 36 Fordham L.Rev. 191, 194 (1967) "The court felt that since the defendant intended the plaintiff to rely on the certificate, the defendant's duty of care was not limited to the other party to the contract but extended to the plaintiff as well."

3) Landell v. Lybrand, 264 Pa. 406, 107 A. 783 (1919).

4) Ultramares Corp. v. Touche, 255 N.Y. 170, 174 N.E. 441 (1931).

5) Immerhin wurden 32 Kopien des "balance sheet" der Stern Co. geliefert.

ihm gewährten Kredit im Vertrauen auf das erstellte Zertifikat erweitert, das eine den "accountants" unterlaufene Überbewertung zum Ausdruck brachte. Die nach dem finanziellen Zusammenbruch der Stern Co. gegen Touche erhobene "negligence" Schadensersatzklage wurde abgewiesen.

Mit dieser Entscheidung sollte Glanzer v. Shepard nicht als "overruled" angesehen werden, sondern nur als "distinguished". Um die nach Ansicht des Gerichts bestehenden Unterschiede zu verdeutlichen, griff man in der Urteilsbegründung die Argumente aus Glanzer auf. Während das Verhältnis zwischen Kläger und Beklagtem in Glanzer als so eng bewertet wurde, daß es "privity" nahekomme, wenn nicht damit gleichzusetzen sei, charakterisierte man den Kreditgeber Ultramares als Mitglied einer unbestimmten Personengruppe, die möglicherweise erst in Zukunft - den Aussagen des "audit vertrauend - Geschäftsbeziehungen mit der Stern Co. aufnehmen könnte. In diesen Fällen sei eine vergleichbar intensive Verbindung zwischen dem Kläger und den "accountants" nicht vorhanden ¹⁾. Außerdem sei die vertragliche Hauptleistung in Ultramares primär der Stern Co. gegenüber erbracht worden. Dritte hätten nur beiläufig davon Gebrauch machen können, sofern man ihnen Einsicht in das "audit" gewährte.

Tatsächlich ging es darum, eine wirtschaftlich kaum vertretbare und grenzenlose Haftung des damals noch jungen Berufsstandes aus "public policy"-Erwägungen zu verhindern und derart weitreichende Maßnahmen der Gesetzgebung zu überlassen ²⁾. Dazu kam die generelle

1) Vgl. Annot., 46 A.L.R. 3d 979, 985 (1972).

2) Vgl. Ultramares Corp. v. Touche, 255 N.Y. 170, 185, 174 N.E. 441, 447 (1931); die Einstufung von "public accountants" verdeutlicht der Satz Cardozos "public accountants are public only in the sense that their services are offered to anyone who chooses to employ them." (255 N.Y. 170, 188, 174 N.E. 441, 448). Die Verantwortlichkeit gegenüber der Öffentlichkeit, die sich auf die Arbeit der "accountants" verlassen können muß, wurde nicht angesprochen, vgl. dazu Solomon, 18 De Paul L.Rev. 56, 75 (1968).

Abneigung "economic damages" über die "negligence action" auszugleichen. Auf den Kern reduziert war der einzig relevante Unterschied zwischen Glanzer und Ultramares, daß einmal der Kläger bestimmbar und bekannt war, im anderen Fall nicht.

Die These Cardozos und ihr Hintergrund geben Anlaß zu einigen kritischen Anmerkungen ¹⁾. Zunächst wird man von einer rein zufälligen Begünstigung ("incidentally benefited") nicht ausgehen können, denn unter "benefit" muß auch und gerade der Gebrauch des Zertifikats verstanden werden, mit dem die Beklagten schon wegen der von ihnen selbst erstellten und mitgelieferten 32 Kopien des "certified balance sheet" zu rechnen hatten. Weiterhin war durch die Anzahl der Exemplare der Kreis möglicher Kläger ziemlich eingeschränkt und kann nicht als vollkommen "limitless" bezeichnet werden ²⁾.

Es bleibt die Frage, warum man generell auf "privity" beharrt und nicht "duty to take care" bzw. "foreseeability" im Vordergrund stehen - gleichgültig, ob letztere als Kriterium optimal geeignet ist - warum also die Haftung von "public accountants" an Grundsätzen ausgerichtet ist, die bei anderen Berufsständen als überholt gelten. Es erscheint nicht unbillig, eher den "public accountant" für sein fahrlässiges Verhalten verantwortlich zu machen, als die Schadenslast einem sich auf das "audit" verlassenden Dritten aufzubürden, dessen Vorgehen immerhin den Voraussetzungen einer "negligence"-Klage unterliegt und der be-

1) Vgl. u.a. Fiflis, 28 Vand.L.Rev. 317 ff. (1975); Comment, 121 U.Pa.L.Rev. 627 ff. (1973); Miller, 47 Notre Dame Lawyer 588 ff. (1972); Note, 50 Tex.L.Rev. 411 ff. (1972); Marinelli, 23 Case W.Res.L.Rev. 113 ff. (1971); Solomon, 18 De Paul L.Rev. 56 ff. (1968); Katsoris, 36 Fordham L.Rev. 191 ff. (1967); Note, 41 St. John's L.Rev. 588 ff. (1967); Levitin, 15 Hastings L.J. 436 ff. (1964), Hawkins, 12 Vand.L.Rev. 797 ff. (1959).

2) Darauf wird hingewiesen von Levitin, 15 Hastings L.J. 436, 445 (1964) und in dem Comment, 9 B.C. Ind. & Com. L. Rev. 137, 145 (1967).

weispflichtig ist, zumal eine "strict liability" (noch) nicht in Betracht kommt ¹⁾. Unter zusätzlicher Berücksichtigung eines möglichen Versicherungsschutzes gegen dieses Risiko wird man schwerlich die Vermutung aufrecht erhalten können, daß eine Haftungs-erweiterung eine zu hohe Belastung und insofern eine Bedrohung des Berufsstandes der "public accountants" sei ²⁾.

Der wirklich nachteilige und kritisierenswerte Aspekt an Ultramares ist jedoch nicht die Entscheidung selbst, sondern ihre nahezu mechanische Anwendung als Präjudiz durch die Gerichte in der Folgezeit und bis in die Gegenwart ³⁾. Als noch gravierender erweist sich die Tatsache, daß Ultramares bzgl. der Forderung nach "privity of contract" mißverstanden und unrichtig interpretiert wird. In der Urteilsbegründung billigte man nämlich Dritten durchaus eine Anspruchsberechtigung zu, wenn auch unter so engen Voraussetzungen wie "end and aim of the transaction" oder "primary beneficiary", ohne freilich sonst von dem "privity"-Grundsatz vollständig Abstand zu nehmen. Daraus ein Verlangen nach absoluter oder "strict privity" herzuleiten ist der Kardinalfehler der Nachfolgeentscheidungen, die, auf Ultramares sich berufend, jegliche Haftung gegenüber Dritten ablehnen ⁴⁾.

1) Vgl. Note, 50 Tex.L.Rev. 411, 418 (1972); aber auch Solomon, 18 De Paul L.Rev. 56, 82 ff. (1968).

2) Vgl. dazu Miller, 47 Notre Dame Lawyer 588, 603 (1972).

3) Vgl. Levitin, 15 Hastings L.J. 436, 447 (1964); Marinelli, 23 Case W.Res.L.Rev. 113, 119 (1971); Comment, 9 B.C.Ind. & Com.L.Rev. 137, 145 (1967).

4) Vgl. statt vieler State Street Trust Co. v. Ernst, 278 N.Y. 104, 15 N.E. 2d 416 (1938); Investment Corp. of Florida v. Buchman, 208 So. 2d 291 (Fla.App. 1968), vgl. dazu Note, 23 U. Miami L.Rev. 256 ff. (1968); Stephens Industries, Inc. v. Haskins & Sells, 438 F. 2d 357 (10th Cir. 1971); Koch Industries, Inc. v. Vosko, 494 F. 2d 713 (10th Cir. 1974); ebenso verkennend Comment, 121 U.Pa.L.Rev. 627, 660 (1973).

Die feinen Differenzierungen Cardozos in Glanzer und Ultramares wurden erst unlängst in einigen Entscheidungen aufgegriffen, um auf diese Weise endlich zu einer Lockerung der festgefahrenen Positionen bei der "accountants' liability" zu kommen. Rusch Factors, Inc. v. Levin ¹⁾ war das erste Urteil überhaupt, in dem ein "accountant" einer "reliant party not in privity" haftete. Im Rahmen eines Kreditgeschäftes hatte eine Gesellschaft auf Verlangen der Klägerin die beklagten "public accountants" unter Aufklärung über den Zweck und die sich auf die Richtigkeit verlassende Partei mit der Erstellung eines Gutachtens über ihre finanziellen Verhältnisse betraut. Der fahrlässig unrichtige Bericht führte zu dem entstandenen Schaden.

Ähnlich war der Sachverhalt in Ryan v. Kanne ²⁾. Dort hatten die Kläger die Übernahme bestimmter Verpflichtungen im Vertrauen auf ein "financial statement" der Beklagten gemacht.

In einer sorgfältigen Begründung wandte man sich in Rusch Factors, Inc. ³⁾ zunächst gegen die "policy"-Erwägungen in Ultramares und betonte die ungleiche Verteilung der Schadenslast sowie die veränderte Situation im gesamten "tort law", insbesondere das allgemeine Abweichen von dem "privity"-Erfordernis ⁴⁾, um dann als Maßstab für die Drittbestimmung die Formel "actually foreseen and limited classes of persons" ⁵⁾

1) Rusch Factors, Inc. v. Levin, 284 F. Supp. 85 (D.R.I. 1968).

2) Ryan v. Kanne, 170 N.W. 2d 395 (Iowa 1969).

3) Ein "overrule" von Ultramares kam nicht in Betracht, da man sich auf Glanzer als "precedent" stützte.

4) Vgl. ebenso Rhode Island Hospital Trust Nat. Bank v. Swartz, Bresenoff, Yavner & Jacobs, 455 F. 2d 847 (4th Cir. 1972).

5) Rusch Factors, Inc. v. Levin, 284 F. Supp. 85, 93 (D.R.I. 1968).

aufzustellen. Zusätzlich warf man noch die Frage auf - ließ sie allerdings unbeantwortet -, ob nicht in Zukunft die "accountants' liability" auf die "full limits of foreseeability" ausgedehnt werden sollte.

Diesen Ausführungen folgte man in Ryan, wenn auch mit dem einschränkenden Hinweis auf "actually known parties" und darauf, daß "the end and aim of the transaction" ebenfalls zu berücksichtigen seien ¹⁾.

Teilweise stützen sich beide Entscheidungen ergänzend auf die vorgeschlagene Fassung, die Kommentierung und die Illustrationen des § 552 Restatement (2d) of Torts ²⁾, vor allem auf das dort vorgesehene enge

1) Vgl. Ryan v. Kanne, 170 N.W. 2d 395, 403 (Iowa 1969); man wird davon ausgehen können, daß dieser Gesichtspunkt implizit in den neueren Entscheidungen enthalten ist, die für eine Haftungsausdehnung plädieren, vgl. Fiflis, 28 Vand.L.Rev. 31, 109 (1975).

2) § 552 Restatement (2d) of Torts, Tent.Draft Nr. 12, 1966:

"Information Negligently Supplied for the Guidance of Others.

(1) One who, in the course of his business, profession or employment, or in a transaction in which he has a pecuniary interest, supplies false information for the guidance of others in their business transactions, is subject to liability for pecuniary loss caused to them by their justifiable reliance upon the information, if he fails to exercise reasonable care or competence in obtaining or communicating the information.

(2) Except as stated in subsection (3), the liability stated in subsection (1) is limited to loss suffered

(a) by the person or one of the persons for whose benefit and guidance he intends to supply the information, or knows that the recipient intends to supply it; and

(b) through reliance upon it in a transaction which he intends the information to influence, or knows that the recipient so intends, or in a substantially similar transaction.

(3) The liability of one who is under a public duty to give the information extends to loss suffered by any of the class of persons for whose benefit the duty is created, in any of the transactions in which it is intended to protect them."

Die Illustrationen 2, 3, 4 und 7 zu § 552, Tent.Draft Nr. 12, 1966 (24 f.) geben sehr anschauliche Beispiele der Auswahl ersatzberechtigter Dritter, vgl. den Text bei Miller, 47 Notre Dame Lawyer, 588, 598 f. Fn. 80 (1972).

Verhältnis zwischen "public accountant" und Kläger und die spezifische Kenntnis der beabsichtigten Transaktion ¹⁾.

Insgesamt kann festgestellt werden, daß die "public accountants' liability" gegenüber dritten Personen derzeit einem Wandlungsprozeß unterliegt. Man wendet sich allmählich von den sozialen Nützlichkeits- und sonstigen "policy"-Überlegungen Cardozos ebenso ab wie von dem veralteten "privity"-Prinzip, ohne jedoch die Notwendigkeit einer sinnvollen Haftungsbegrenzung zu verkennen. Die Lösungsversuche zu einer Konkretisierung von Ersatzberechtigten schwanken zwischen "known reliant parties" und "actually foreseen limited classes" oder weisen schon auf eine mögliche Anwendung des "traditional foreseeability test" hin. Die Entwicklung einer allgemeingültigen Formel erscheint wegen der Komplexität der Sachverhalte jedoch undenkbar.

In diesem Zusammenhang könnte dem von den californischen Gerichten bei einzelnen Anwaltsverträgen angewandten "balance test", der schon zuvor ausführlich erläutert wurde ²⁾, Bedeutung und evtl. eine lückenausfüllende Funktion zukommen ³⁾. Man kann einen entsprechenden Hinweis einmal der Entscheidung Ryan v. Kanne ⁴⁾ entnehmen, die den Test in Iowa für anwendbar erklärte, zum anderen der Begründung zu Aluma Kraft Manufacturing Co. v. Elmer Fox & Co. ⁵⁾. In diesem Fall

1) Die Position des § 552 Restatement (2d) of Torts wurde vollständig übernommen von Shatterproof Glass Corp. v. James, 466 S.W. 2d 873 (Tex.Civ.App. 1971); vgl. dazu Note, 3 Tex.Tech.L.Rev. 210 ff. (1971) sowie Note, 50 Tex.L.Rev. 411 ff. (1972).

2) Vgl. oben S. 166 ff.

3) Darauf weisen Solomon, 18 De Paul L.Rev. 56, 82 Fn. 120 (1968), Fifiis, 28 Vand.L.Rev. 31, 109 ff. (1975) und Annot., 46 A.L.R. 3d 979, 986 (1972) hin.

4) Ryan v. Kanne, 170 N.W. 2d 395, 403 (Iowa 1969).

5) Aluma Kraft Manufacturing Co. v. Elmer Fox & Co., 493 S.W. 2d 378 (Mo.Ct.App. 1973); vgl. dazu Note, 39 Mo.L.Rev. 466 ff. (1974); Note, 43 U.M.K.C.L.Rev. 121 ff. (1974).

ging es um Schadensersatz eines Käufers von Gesellschaftsanteilen, der sich auf das "financial statement" der Beklagten verlassen hatte. Man bezog sich nämlich was die Ablehnung von "privity" betraf auf *Westerhold v. Carroll* ¹⁾, einer Entscheidung, in der ausdrücklich eine Abwägung der verschiedenen Faktoren des "balancing test" zur Beantwortung der Frage, ob ein Beklagter im Einzelfall einem Dritten ersatzpflichtig ist, empfohlen wird. Zur Unterstützung können weiterhin Argumente herangezogen werden, die von den Federal Courts bei der Diskussion der Rule 10b-5 ²⁾ und des darin enthaltenen "flexible duty standard" angeführt wurden ³⁾ und damit letztlich eine Erörterung vergleichbarer Gesichtspunkte vorschlagen, "... considering the whole mosaic of the relationship of the parties, the degree of culpability of the defendant, whether the defendant profited, and the plaintiff's reliance on the defendant ..." ⁴⁾.

Die Anwendung des "balance test" hätte den nicht zu unterschätzenden Vorteil, daß die Besonderheiten des konkreten Falles und die sich oft rasch ändernde "public policy" besser berücksichtigt und im Urteil besser zum Ausdruck gebracht werden könnte.

Bb) "Attorneys"

Lange Zeit konnten sich beklagte "attorneys" einem Schadensersatzverlangen solcher Personen, die außerhalb der Anwalt - Mandant Beziehung standen, erfolgreich entziehen, indem sie sich auf die gefestigte Regel

1) *Westerhold v. Carroll*, 419 S.W. 2d 73 (Mo. 1967), es ging hier um die Haftung eines Architekten gegenüber Dritten.

2) Vgl. oben S. 253 ff.

3) Vgl. *Brown v. Bullock*, 194 F.Supp. 207, 229 f. (S.D. N.Y. 1961).

4) So *Fiflis*, 28 Vand.L.Rev. 31, 111 (1975).

beriefen, die "privity of contract" zwischen den sich streitenden Parteien zwingend voraussetzte. Dieser Grundsatz hat hinsichtlich dieser Fallgruppe seinen Ursprung in den alten Entscheidungen *Savings Bank v. Ward* ¹⁾ (für den Bereich der fehlerhaften Ausfertigung einer Eigentumsurkunde an einem Grundstück) sowie *Buckley v. Gray* ²⁾ (fahrlässiges Verhalten bei Erstellung und Vollstreckung eines Testaments), aus denen sich immerhin die Möglichkeit eines Vorgehens ex contractu oder ex delicto abzeichnete. Von diesem geringfügigen Unterschied abgesehen verlief die Entwicklung der Anwaltshaftung gegenüber Dritten zwangsläufig ähnlich und nahezu parallel der "public accountants' liability", da sie gleichermaßen abhängig ist von einer Lockerung und Aufhebung des "privity"-Erfordernisses. Einer sich anbahnenden Tendenzwende zur "privity erosion" stand jedoch *Ultramares Corp. v. Touche* bzw. die weitgehend unberücksichtigt gebliebene Differenzierung zu *Glanzer v. Shepard* entgegen ³⁾. Der Einfluß von *Ultramares* auf den gesamten Bereich der "professional liability" wird nunmehr erst in vollem Umfang erkennbar, zumal *Cardozo* im Rahmen seiner "policy"-Überlegungen eine drohende und nicht mehr tragbare Belastung u.a. ausdrücklich für den Berufsstand der Anwälte befürchtete ⁴⁾.

Welche Bedeutung einigen californischen Entscheidungen für das Abrücken von "privity", den Ausbau des "intent"-Konzepts bei dem "third party beneficiary contract" und für die Befürwortung des "balance test" im Zusammenhang mit der "duty"-Prüfung und damit insgesamt für

1) *Savings Bank v. Ward*, 100 U.S. 195, 25 L.Ed. 621 (1879).

2) *Buckley v. Gray*, 110 Cal. 339, 42 P. 900 (1895).

3) Vgl. unmittelbar zuvor S. 259 f.

4) Vgl. *Ultramares Corp. v. Touche*, 255 N.Y. 170, 188, 174 N.E. 441, 448 (1931).

die Drittbestimmung beizumessen ist, wurde zuvor schon eingehend untersucht ¹⁾, insoweit kann auf manche Einzelheiten im folgenden verzichtet werden. Einer Vertiefung bedürfen jedoch manche spezifischen Besonderheiten und noch unbeantwortete Fragen, die bei den Fällen der "attorney's liability" auftreten.

Die Aussagen des Gerichts in *Biakanja v. Irving* ²⁾, nach denen eine Verantwortlichkeit gegenüber Dritten anhand notwendiger "policy"-Überlegungen und darin immanenter Abwägung verschiedener Faktoren zu ermitteln und nicht mehr auf "privity of contract" abzustellen ist, wurden von *Lucas v. Hamm* ³⁾ aufgegriffen, obwohl sie im Ausgangsfall auf einen "notary public" und nicht auf einen Anwalt bezogen waren. Außerdem verwarf man die anfangs naheliegende Vermutung, daß eigentlicher Grund für eine Schadensersatzpflicht des Klägers in *Biakanja* dessen unzulässige Rechtsausübung gewesen sei, mit dem Satz "we believe ... that the reference to the notary's unauthorized practice of law appears to be mere dictum, incidental to the result reached." ⁴⁾

Der in *Lucas v. Hamm* für die "attorney's liability" beschrittene Weg findet durchaus noch keine mehrheitliche Zustimmung ⁵⁾, dennoch deutet die ständig

1) Vgl. bzgl. "intent" oben S. 122 ff.; bzgl. "duty" S.166 ff.

2) *Biakanja v. Irving*, 49 Cal. 2d 647, 320 P. 2d 16 (1958); vgl. den Sachverhalt oben S.166.

3) *Lucas v. Hamm*, 56 Cal. 2d 583, 364 P. 2d 685, 15 Cal. Rptr. 821, cert. den. 368 U.S. 987, 7 L.Ed. 2d 525, 82 S.Ct. 600 (1961); vgl. den Sachverhalt oben S.116 f.

4) So das Zitat des District Court of Appeals (1st Dist., Div. 2) in dem Comment, 28 Brooklyn L.Rev. 99, 101 (1961/62).

5) Vgl. statt vieler *Drago v. Buonagurio*, 391 N.Y.S. 2d 61 (N.Y.Sup.Ct. 1977); *Weigel v. Hardesty*, 549 P. 2d 1335 (Colo.Ct.App. 1976); *Metzker v. Slocum*, 537 P. 2d 74 (Or. 1975); aber *Mc Evoy v. Helikson*, 562 P. 2d 540 (Or. 1977); *Sachs v. Levy*, 216 F.Supp. 44 (E.D.Pa. 1963); *Mc Glone v. Lacey*, 288 F.Supp. 662 (D.S.D. 1968).

wachsende Zahl sich anschließender Urteile auch anderer Bundesstaaten ¹⁾ darauf hin, daß einer dementsprechenden Haftungserweiterung die Zukunft gehören wird. Einige wesentlich erscheinende Gesichtspunkte lassen sich den neueren Entscheidungen entnehmen:

Die durch Lucas v. Hamm eröffnete Möglichkeit, Schadensersatzbegehren Dritter gegen Anwälte im Wege der Vertragsklage durchzusetzen, steht im Einklang mit dem allgemeinen Trend nach einer Ausdehnung der "third party beneficiary action" ²⁾ zur Umgehung von "privity". In diesen Fällen steht die Frage im Vordergrund, ob es sich bei dem Kläger um einen "intended beneficiary" handelt. Die "intent"-Konzeption soll zu einer umfassenden objektiven und subjektiven Würdigung der gesamten Umstände des jeweiligen Vertrages führen, ohne daß "intent" darin besonders manifestiert sein müßte ³⁾. Auf diese Weise sind bislang nur die Erben bei einer Testamentserrichtung als "intended" angesehen worden ⁴⁾.

-
- 1) Vgl. u.a. Costello v. Wells Fargo Bank 258 Cal.App. 2d 90, 65 Cal.Rptr. 612 (1968), die Haftung wurde hier aus anderen Gründen abgelehnt; Heyer v. Flaig, 70 Cal. 2d 232, 449 P. 2d 161, 74 Cal.Rptr. 225 (1969); Donald v. Garry, 19 Cal.App. 3d 769, 97 Cal.Rptr. 191 (1971); Goodman v. Kennedy, 134 Cal.Rptr. 375, 556 P. 2d 737 (1976); Licata v. Spector, 26 Conn.Supp. 378, 225 A. 2d 28 (1966); Woodfork v. Sanders, 248 So. 2d 419 (La.Ct.App. 1971), Sachverhalt oben S. 70; Capital Bank & Trust Co. v. Core, 343 So. 2d 284 (La.Ct.App. 1977); neuerdings auch Fickett v. Superior Court of Pima County, 27 Ariz. App. 793, 558 P. 2d 988 (1976); nicht eindeutig Stewart v. Sbarro, 142 N.J. Super. 581, 362 A. 2d 581 (1976).
 - 2) Vgl. Averill, 2 Land and Water L.Rev. 379, 400 (1967).
 - 3) Vgl. oben S. 122 ff.
 - 4) Vgl. Lucas v. Hamm, 56 Cal. 2d 583, 364 P. 2d 685, 15 Cal.Rptr. 821 (1961); Woodfork v. Sanders, 248 So. 2d 419 (La.Ct.App. 1971); Bucquet v. Livingston, 57 Cal.App. 3d 914, 129 Cal.Rptr. 514 (1976).

Wird ein Schadensersatzanspruch einer nicht am Vertrag beteiligten Person gegen einen "attorney" nach "negligence"-Grundsätzen geltend gemacht, so wird - abgesehen von den sonstigen Anforderungen einer "action for negligence" - die endgültige Haftung von der Abwägung verschiedener "policy"-Faktoren abhängig gemacht. Die in den einzelnen Entscheidungen genannten Gesichtspunkte ¹⁾ sind nur als Anhaltspunkte zu verstehen und haben keinen abschließenden Charakter.

In diesem Zusammenhang sind Wesen und Struktur des Anwaltsvertrages von Bedeutung, der auf einem Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Anwalt basiert und somit grundsätzlich streng zweiseitig ausgerichtet ist. Weiterhin ist bei der Prüfung, ob eine "duty to take care" verletzt worden ist, das konkret geschulte Verhalten zu berücksichtigen, sowie die Tatsache, daß ein "attorney" nicht für jeden Fehler verantwortlich gemacht werden kann ²⁾.

Infolgedessen wird die "attorney's liability" nicht auf Unregelmäßigkeiten bei der Errichtung oder Vollstreckung von Testamenten beschränkt bleiben, obwohl hier sicherlich der Schwerpunkt der bislang positiv entschiedenen Klagen liegt. In diesem Zusammenhang wurden als Ersatzberechtigte jeweils die durch das Testament begünstigten Personen angesehen ³⁾. Eine Verantwortlichkeit kann sich allerdings ebenso bei fehlerhafter Erstellung bestimmter Urkunden ergeben ("examination of title, title opinion") ⁴⁾. Sogar bei mangel-

1) Vgl. die Aufzählung oben S. 166 ff.

2) Bspw. nicht für einen Irrtum in einer Rechtsfrage, vgl. Miller, 47 Notre Dame Lawyer, 588, 607 (1972); Note, 5 Lincoln L.Rev. 154, 165 (1970).

3) Vgl. Lucas v. Hamm, 56 Cal. 2d 583, 364 P. 2d 685, 15 Cal.Rptr. 821 (1961); Heyer v. Flaig, 70 Cal. 2d 223, 449 P. 2d 161, 74 Cal.Rptr. 225 (1969); Bucquet v. Livingston, 57 Cal.App. 3d 914, 129 Cal.Rptr. 514 (1976); Licata v. Spector, 26 Conn.Supp. 378, 225 A. 2d 28 (1966).

4) Vgl. Capital Bank & Trust Co. v. Core, 343 So. 2d 284 (La.Ct.App. 1977).

hafter Durchsetzung bzw. Beitreibung einer Schuld für einen Dritten wurde eine Haftung des betroffenen Anwalts bejaht ¹⁾, wenn auch diese Entscheidung eine Ausnahme bleiben dürfte.

Letztlich werden solche Sachverhalte in Betracht kommen, in denen ein "attorney" Kenntnis davon hat oder zumindest haben müßte, daß ein Dritter auf seine Dienste Bezug nimmt bzw. sich darauf verläßt, oder daß die Folgen seines fahrlässigen Verhaltens unmittelbar die materiellen Interessen eines Dritten betreffen. Insofern gewinnt das Merkmal der "reasonable reliance" an Gewicht ²⁾. Die schutzwürdige "third party" sollte demnach als Person konkret bekannt, zumindest jedoch als Klasse vorhersehbar sein.

Abgesehen von einem ohnehin anzuratenden Versicherungsschutz erscheint das durch die Haftungserweiterung gesteigerte Risiko noch zumutbar und wird in diesen Fällen zu überschauen sein.

c) "Architects and Engineers"

Wandlungen und Veränderungen kennzeichnen auch die haftungsrechtliche Entwicklung der abschließend zu untersuchenden Fallgruppe, in der eine Fülle unterschiedlicher Tätigkeiten von Architekten und Ingenieuren zu Schäden und damit zu Ersatzansprüchen Dritter

1) Vgl. Donald v. Garry, 19 Cal.App. 3d 769, 97 Cal. Rptr. 191 (1971): Der klagende Kreditgeber hatte eine "credit collection agency" mit der Beitreibung einer Schuld beauftragt, diese wiederum den beklagten Anwalt, dessen Klage wegen "want of diligent prosecution" abgewiesen wurde. Man berief sich in der Begründung auf § 324 A des Restatement (2d) of Torts; vgl. dazu noch Comment, 39 Mo.L.Rev. 400, 406 (1974).

2) Vgl. Averill, 2 Land and Water L.Rev. 379, 398 (1967).

führen können. Diese Vielfalt an Aktivitäten gilt es zunächst zu reduzieren auf die beiden wichtigsten Bereiche, nämlich "preparation of plans and specifications" und "supervision"; außerdem kann man sich wegen der bei den "engineers" im wesentlichen parallel gelagerten Problematik ¹⁾ auf den Kreis der Architekten beschränken.

Die Neigung zu einer Haftungsausdehnung auf Dritte ist bei der "architect's liability" erheblich weiter ausgeprägt als bei den zuvor angesprochenen Fällen der "professional negligence". Hemmend wirkt jedoch erneut die starke Abhängigkeit von der sich erst allmählich durchsetzenden, vollkommenen Verdrängung des "privity"-Grundsatzes, der noch in vielen älteren Entscheidungen zu finden ist ²⁾. Bezeichnenderweise hat - soweit ersichtlich - bislang kein Gericht dem Ersatzbegehren eines geschädigten Dritten aus Vertrag stattgegeben ³⁾. Von der These ausgehend, daß ein Architekt üblicherweise weder seine Fähigkeiten noch den speziellen Erfolg garantiere ⁴⁾, bleiben sogar dem Vertragspartner selbst Ansprüche ex contractu mangels einer "implied warranty" versagt.

-
- 1) Vgl. Witherspoon, 16 Defense L.J. 408, 410 f. (1967); Guilian, 35 Tenn.L.Rev. 9 ff. (1967); Bell, in Roady & Andersen, Professional Negligence, 173; Allan, 22 Ark.L.Rev. 454 ff. (1968).
 - 2) Vgl. z.B. Geare v. Sturgis, 14 F. 2d 256 (D.C.Cir. 1926); Sherman v. Miller Constr.Co., 90 Ind.App. 462, 158 N.E. 255 (1927).
 - 3) Vgl. dazu allenfalls C.H. Leavell & Co. v. Glantz Contracting Corp., 322 F.Supp. 779 (E.D.La. 1971).
 - 4) Vgl. Audlane Lumber & Builders Supply, Inc. v. D.E. Britt Associates, Inc., 168 So. 2d 333, 335 (Dist. Ct.App.Fla. 1964); Laukkanen v. Jewel Tea Co., 78 Ill.App. 2d 153, 222 N.E. 2d 584 (1966); Willis v. Black & West Architects, 344 P. 2d 581 (Okla. 1959).

Die wenigen anders lautenden Urteile ¹⁾ müssen als untypische Ausnahmen angesehen werden.

Anerkanntermaßen ist für ein Vorgehen geschädigter dritter Personen gegen einen Architekten die "action for negligence" weit mehr geeignet. In diesem Zusammenhang erscheinen einige Differenzierungen ratsam.

Betrachtet man den Tätigkeitsbereich "preparation of plans and specifications" so wird die Frage nach der Ersatzberechtigung Dritter bzw. deren Konkretisierung dann einheitlich beantwortet, wenn das Projekt noch nicht vollendet und nicht von dem Auftraggeber abgenommen und gebilligt worden ist. In den wenigen dazu ergangenen Entscheidungen kommt zum Ausdruck, daß die auf "negligence in preparation of plans and specifications" eines Architekten beruhenden Personen- oder Sachschäden den rechtmäßig anwesenden Personen ("all persons lawfully on the premises") ohne Rücksicht auf "privity" zu ersetzen sind ²⁾.

Davon zu trennen sind die häufiger vorkommenden Konstellationen, in denen Schäden erst nach Abnahme und Billigung durch den Vertragspartner auftreten. Vergleichbar mit den vorherigen Fallgruppen beruht die unterschiedliche Behandlung dieser Sachverhalte durch die Gerichte erneut auf dem Festhalten an dem "privity"-

-
- 1) Vgl. Hill v. Polar Pantries, 219 S.C. 263, 64 S.E. 2d 885 (1951), Kritik an der Fehlinterpretation des Gerichts übt der Comment, 55 Cal.L.Rev. 1361, 1383 f. (1967); Broyles v. Brown Engineering Co., 275 Ala. 35, 151 So. 2d 767 (1963) allerdings mit dem Zusatz, daß die schädigenden Faktoren noch innerhalb der "control" des Architekten liegen müssen.
- 2) Vgl. Potter v. Gilbert, 130 App.Div. 632, 115 N.Y.S. 425 (dictum), aff'd.mem., 196 N.Y. 576, 90 N.E. 1165 (1909); Paxton v. Alameda County, 119 Cal.App. 2d 393, 259 P. 2d 934 (1953); weiterhin Bell, in Rody & Andersen, Professional Negligence, 173, 174; Witherspoon, 16 Defense L.J. 408, 412 (1967); Comment, 55 Cal.L. Rev. 1361, 1372 (1967).

Grundsatz unter Zulassung nur weniger Ausnahmen ¹⁾.

Hintergrund dieser Haltung war, daß ein Architekt nach Aufgabe der "control" nicht mehr verantwortlich gemacht werden dürfe ²⁾.

Erstmalig in einem die Architektenhaftung betreffenden Fall sprach man sich in *Inman v. Binghampton Housing Authority* ³⁾ ausdrücklich gegen die "privity"-Doktrin aus. Ein zweijähriges Kind stürzte von einer Veranda, die fahrlässigerweise ohne Geländer konstruiert und errichtet wurde. Das Gericht erklärte in Anlehnung an *Mac Pherson v. Buick Motor Co.* ⁴⁾ den "foreseeability"-Test für anwendbar und verzichtete auf "privity". Der Ersatzanspruch wurde allerdings abgewiesen, da die zusätzlich aufgestellte Voraussetzung eines "latent defect" als nicht erfüllt angesehen wurde.

Auf diese Einschränkung verzichtete man in *Montijo v. Swift* ⁵⁾. Dort hatte ein Architekt im Rahmen der ihm übertragenen Renovierung eines Busdepots eine Treppe dergestalt konstruiert, daß das Geländer nur bis zur vorletzten Stufe reichte und somit eine optische Täuschung hervorgerufen wurde. Für die Sturzverletzungen

1) Vgl. *Wilson v. North Cent. Gas Co.*, 163 Neb. 664, 80 N.W. 2d 685 (1957); *City of Richmond v. Branch*, 205 Va. 424, 137 S.E. 2d 882 (1964); *Gruhalla v. George Moeller Constr. Co.*, 391 S.W. 2d 585 (Mo.Ct.App. 1965); vgl. als Beispiele für die gemachten Ausnahmen *Johnston v. Long*, 56 Cal.App. 2d 834, 133 P. 2d 409 (1943) ("imminently dangerous to third person"); *Colbert v. Holland Furnace Co.*, 331 Ill. 78, 164 N.E. 162 (1928) ("invitation of architect to third person should be implied").

2) Vgl. *Gouldin*, 33 Ins. Counsel. J. 361, 363 (1966).

3) *Inman v. Binghampton Housing Authority*, 3 N.Y. 2d 137, 143 N.E. 2d 895, 164 N.Y.S. 2d 699 (1957).

4) Vgl. oben S. 178 und 143.

5) *Montijo v. Swift*, 219 Cal.App. 2d 351, 33 Cal.Rptr. 133 (1963).

eines Besuchers wurde der Architekt haftbar gemacht. Nach Ansicht des Gerichts besteht eine Ersatzpflicht gegenüber den Personen, "who foreseeably and with reasonable certainty might be injured." ¹⁾

Betrachtet man ausschließlich die Konkretisierung der geschützten Personen, so orientiert sich die gegen "privity" eingestellte Rechtsprechung übereinstimmend an dem Vorhersehbarkeitsmerkmal.

Dieses Kriterium ist weiterhin ausschlaggebend im Rahmen des zweiten Tätigkeitsbereiches "supervision of construction projects", gleichgültig, ob der Architekt die genaue Befolgung und Einhaltung seiner Pläne, oder den korrekten Ablauf des gesamten Projekts zu überwachen hatte. Im Mittelpunkt der Diskussion steht jedoch nicht die Frage nach der Notwendigkeit von "privity". Die Gerichte haben diese Theorie ohne lange Ausführungen verworfen, sofern überhaupt darauf Bezug genommen worden ist ²⁾. Vielmehr geht es primär darum, ob und wie eine "duty to supervise" festgestellt werden kann. Aufschluß darüber kann nur eine genaue Analyse der Dreiecksbeziehung zwischen Auftraggeber, Architekten und Bauunternehmer geben. Vor allem der Vertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Architekten muß konkrete Anhaltspunkte für eine gesteigerte Überwachungspflicht enthalten. Dies wurde schon frühzeitig erkannt ³⁾ und wird von den neueren Entscheidungen verstärkt betont. In Miller v. De Witt ⁴⁾

1) Montijo v. Swift, 219 Cal.App. 2d 351, 353, 33 Cal. Rptr. 133, 134 f. (1963).

2) Vgl. etwa Miller v. De Witt, 59 Ill. App. 2d 38, 208 N.E. 2d 249 (1965), aff'd. 37 Ill. 2d 273, 226 N.E. 2d 630 (1967); Swarthout v. Beard, 33 Mich.App. 395, 190 N.W. 2d 373 (1971).

3) Vgl. Clinton v. Boehm, 139 App.Div. 73, 124 N.Y.S. 789 (1910).

4) Miller v. De Witt, 37 Ill. 2d 273, 226 N.E. 2d 630 (1967).

wurden Arbeiter des "contractor" beim Dachdecken infolge mangelhafter Abstützungen verletzt. Den Architekten wurde vorgehalten, daß sie "design and supervision" bei der Renovierung des Gebäudes übernommen und zur Gewährleistung einer sicheren Durchführung des Projekts sogar das Recht zur Unterbrechung der Arbeiten gehabt hätten. Zwar seien sie gegenüber dem "contractor" nicht zu einer genauen Spezifizierung sämtlicher Konstruktionsmethoden verpflichtet gewesen, dennoch hätten sie die Ungeeignetheit und mangelnde Sicherheit des Abstützverfahrens erkennen und deshalb einschreiten müssen.

Gegenteilig entschied man sich in *Olson v. Chase Manhattan Bank* ¹⁾. Von einer - vom "contractor" errichteten - defekten Gerüstplattform löste sich ein Gegenstand und verletzte einen der Arbeiter. Obwohl dem Architekten vertraglich die "complete supervision of the work" oblag, lehnte man den gegen ihn gerichteten Schadensersatzanspruch ab, da er dem Auftraggeber die Übergabe des in Übereinstimmung mit den Plänen errichteten Gebäudes und insofern nur einen zu überwachenden "standard of construction" geschuldet habe ²⁾. In diesen Zusammenhang ist auch das Urteil zu stellen, nach dem der "supervising architect" keine Schutzpflicht gegenüber Dritten hat, die Schäden durch fehlerhaftes, im Eigentum des "contractor" stehendes und von ihm kontrolliertes Baumaterial oder durch vergleichbar mangelhafte Ausrüstung erleiden ³⁾.

1) *Olson v. Chase Manhattan Bank*, 9 N.Y. 2d 829, 215 N.Y.S. 2d 773, 175 N.E. 2d 350 (1961).

2) "... the architects' sole supervisory functions were to insure performance of the work in accordance with plans, and to see that standards of safety were met in regard to permanent construction, but not with respect to temporary platforms." Annot., 59 A.L.R. 3d 869, 889 (1974).

3) Vgl. *Day v. National U.S. Radiator Corp.*, 241 La. 288, 128 So.2d 660 (1961).

Nur eine Würdigung der Gesamtumstände kann zu einer Bestimmung der geschuldeten "duty" führen. So sind u.a. der Vertrag zwischen Auftraggeber und "contractor" und die daraus resultierenden Pflichten von Bedeutung, nicht nur die Auslegung des Begriffes "supervision" oder gar dessen tatsächliche Aufnahme in den Vertragstext ¹⁾. Letztlich ist die Abwägung erneut vor dem rechtspolitischen Hintergrund zu sehen, wem ein Schadensausgleich im Einzelfall zugemutet werden kann.

Inwieweit und auf welche Dritte sich die "duty" eines Architekten bei "supervision of contract" erstreckt beurteilt die Rechtsprechung einheitlich entsprechend allgemeinen "negligence"-Prinzipien. Bislang wurden zwar nur an dem Projekt tätigen Arbeitskräften Ersatzansprüche zugebilligt ²⁾, dennoch ist eine Erweiterung des Personenkreises jederzeit denkbar, denn als Grundsatz gilt, "the supervising architect owes a duty to exercise reasonable care, or the ordinary skill of the profession, for the protection of anyone lawfully upon the site, whose injury is reasonably foreseeable" ³⁾.

-
- 1) Das American Institute for Architects reagierte auf die sich vor allem an dem Vorhandensein des Wortes "supervision" im Vertragstext (zwischen "employer" und "architect") orientierende Rechtsprechung dahingehend, daß für Muster- bzw. Formularverträge der Begriff "supervision" durch "general administration" ersetzt wurde. Vgl. zu den weiteren Vorschlägen, insbesondere bzgl. eines Haftungsausschlusses die Hinweise in Note, 17 Drake L.Rev. 242, 252 f. (1968).
 - 2) Vgl. z.B. Conklin v. Cohen, 287 So. 2d 56 (Fla. 1973) conformed to 291 So. 2d 81 (Fla.App. 1974); Miller v. De Witt, 37 Ill. 2d 273, 226 N.E. 2d 630 (1967); Weber v. Northern Illinois Gas Co., 10 Ill.App. 3d 625, 295 N.E. 2d 41 (1973); Swarthout v. Beard, 33 Mich.App. 395, 190 N.W. 2d 373 (1971); Nauman v. Harold K. Beecher & Associates, 24 Utah 2d 172, 467 P. 2d 610 (1970).
 - 3) So Annot., 59 A.L.R. 3d 869, 882 (1974).

Abweichungen von den zuvor angesprochenen Fällen, die "personal injuries" und "property damages" be-
trafen, weisen solche "negligence"-Klagen auf ¹⁾,
in denen Dritte "economic loss" als Schaden geltend
machen. Die Ursache für die Vermögenseinbußen kann
hier in verschiedenen Tätigkeitsbereichen liegen
und ist nicht zwingend auf "supervision of contract"
beschränkt. Den nahezu ausschließlich von "contractors"
erhobenen Ersatzansprüchen wird noch vielfach mangelnde
"privity" entgegengehalten ²⁾, nicht zuletzt wegen
der verbreiteten Abneigung vor einem deliktischen
Ausgleich von "economic loss". Um so bemerkenswer-
ter ist deshalb die Entscheidung United States v.
Rogers & Rogers ³⁾, in der ein Architekt dem "con-
tractor" für die durch fahrlässige Verzögerung ent-
standenen Vermögensschäden haftete. Ergebnis und
Drittbestimmung resultierten aus einer sorgfältigen
Würdigung der von Biakanja v. Irving ⁴⁾ übernomme-
nen "policy"-Gesichtspunkte. Gleichermäßen als Kri-
terium dienten "foreseeability" ⁵⁾ und schließlich
noch "reasonable certainty of harm" ⁶⁾ - hier wurde
ein Bürge des "contractor" als Ersatzberechtigter
anerkannt ⁷⁾.

-
- 1) Eine Anwendung von Vertragsgrundsätzen ("third party beneficiary doctrine") wurde sogar in A.R. Moyer, Inc. v. Graham, 285 So. 2d 397 (Fla. 1973) in Erwägung gezogen, jedoch verworfen.
 - 2) Vgl. Blecick v. School Dist. No. 18 of Cochise County, 2 Ariz.App. 115, 406 P. 2d 750 (1965); Hill v. United States Fidelity and Guaranty Co., 428 F. 2d 112 (1970).
 - 3) United States v. Rogers & Rogers, 161 F. Supp. 132 (S.D.Cal. 1958).
 - 4) Vgl. oben S.166 ff.
 - 5) Vgl. A.R. Moyer, Inc. v. Graham, 285 So. 2d 397 (Fla. 1973).
 - 6) So der Begriff in dem Comment, 121 U.Pa.L.Rev. 627, 663 (1973).
 - 7) State ex rel.National Surety Corp. v. Malvaney, 221 Miss. 190, 72 So. 2d 424 (1954); ähnlich Westerhold v. Carroll, 419 S.W. 2d 73 (Mo. 1967) mit Hinweisen auf "policy", vgl. oben S. 263.

"Strict liability" als Haftungsgrundlage - bezogen auf "breach of implied warranty" - erkannte man in einem Fall an, in welchem der gleichzeitig Architekt, Ingenieur und Planer in einer Person darstellende "builder" einer großen Zahl von Fertighäusern für die Schäden verantwortlich gemacht wurde, die das Kind eines Hauskäufers an dem defekten Heißwassersystem erlitten hatte ¹⁾. Die dogmatische Begründung des Anspruchs wie die Konkretisierung des geschützten Personenkreises erfolgten in Analogie zu der "products liability".

1) Vgl. Schipper v. Levitt & Sons, Inc., 44 N.J. 70, 207 A. 2d 314 (1965); dieser Entscheidung folgten i.B. auf "builder" u.a. State Stove Mfg.Co. v. Hodges, 189 So. 2d 113 (Miss. 1966); Kriegler v. Eichler Homes, Inc., 269 Cal.App. 2d 224, 74 Cal. Rptr. 749 (1969).

D Würdigung, Auswertung und eigener Lösungsvorschlag

I. Gemeinsamkeiten und Zusammenhänge in den verschiedenen Haftungsbereichen und Fallgruppen

Die vorangegangenen Untersuchungen des amerikanischen Rechts lassen sowohl für die grundsätzliche Zulässigkeit einer Anspruchsberechtigung Dritter als auch speziell für die Konkretisierung ersatzberechtigter Personen tiefgreifende Wandlungen und neue Tendenzen erkennen, in denen die Bemühungen zum Ausdruck kommen, unter stärkerer Berücksichtigung der sich verändernden wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse zu sachgerechteren und billigeren Ergebnissen zu gelangen.

Mag bei Betrachtung der einzelnen Haftungsbereiche und der Fallgruppen vieles zuvor noch isoliert und abstrakt gewirkt haben, so werden nunmehr weitreichende Gemeinsamkeiten und z.T. unerwartete Zusammenhänge ebenso deutlich wie Hintergründe fallspezifischer Besonderheiten. Aus diesem Gesamtbild wiederum ergeben sich mannigfaltige und brauchbare Anregungen für das deutsche Recht.

Es ist zunächst auffällig, daß trotz der unterschiedlichen Haftungskategorien "contract" und "negligence", in denen sich die hier im Mittelpunkt stehende Drittschutzproblematik überwiegend stellt, die jeweils vorliegende Sonderrechtsbeziehung immer mehr Beachtung findet. Berührungen und Überlagerungen von Vertrags- und Fahrlässigkeitshaftung sowie ihre gemeinsame Wurzel ("trespass, assumpsit") kommen an dieser Stelle zum Ausdruck, unbeschadet des nicht zu bestreitenden Charakters von "negligence" als deliktischer Generalklausel, unabhängiger Haftungsgrundlage und wesentlichem Bestandteil des amerikanischen "law of torts" ¹⁾.

1) Vgl. oben S. 88.

1) Einschränkung des Grundsatzes der Relativität
des Schuldverhältnisses

Auf einer Ebene mit der wachsenden Erkenntnis, daß von einem bestehenden Schuldverhältnis bzw. dessen Abwicklung Schutzwirkungen gegenüber bestimmten Dritten ausgehen und diesen Personen im Falle einer Beeinträchtigung ihrer Rechtssphäre Ersatzansprüche unmittelbar gegen den Schuldner erwachsen können, ist die Einschränkung bzw. Durchbrechung des "privity"-Prinzips zu sehen. Eine vergleichbare Entwicklung ist in beiden Haftungsbereichen ¹⁾ festzustellen, wenn auch mit unterschiedlicher Intensität:

Betrachtet man zunächst das Vertragsrecht, so ist "privity of contract" als Grundsatz nach wie vor anerkannt. Bei vertraglichen Ansprüchen läßt die Rechtsprechung Ausnahmen von dem Grundsatz der Relativität des Schuldverhältnisses deshalb so selten oder gar nicht zu, weil man den Vertrag vorwiegend als Garantieverprechen auffaßt und ein Verschuldensnachweis auf Seiten des Schädigers damit entbehrlich ist, so daß ein entscheidendes Korrektiv fehlt. Rechtspolitischer Hintergrund ist die Furcht vor der Preisgabe eines - sehr zweifelhaften - Begrenzungskriteriums mit der möglichen Folge einer uferlosen Ausweitung des Kreises anspruchsberechtigter Personen. Dazu kommt die schon angesprochene Übung derartige Schadensfälle vorwiegend deliktisch zu lösen.

Immerhin ist es schon als Fortschritt im Sinne eines verstärkten Schutzes der Unfallopfer zu bewerten, daß Dritten nur noch in wenigen Fällen Ansprüche unter Berufung auf fehlende "privity" prinzipiell ver-

1) Erneut eine Bestätigung der Verknüpfung von Vertrag und "duty to take care" bei der "negligence"-Klage.

sagt, oder daß sie mit Hilfe von veralteten Theorien oder Fiktionen als "persons in privity" angesehen werden. Bedeutender ist jedoch die Ausweitung der "third party beneficiary doctrine" als eigenständiger Ausnahme von der strikten Forderung nach "privity". Dieser Prozeß, der sich noch in einem Anfangsstadium befindet und dessen Ende noch nicht abzusehen ist, resultiert aus einer stärkeren Berücksichtigung der sozialen Wirkungen des Vertrages. Anknüpfungspunkt ist insbesondere die "Anlage" des jeweiligen Schuldverhältnisses, ob also der Vertrag "unmittelbar aus sich heraus" ¹⁾, nach seinem Wesen und Funktionsbereich eine Beziehung zu Dritten beinhaltet, aus der sich eine gesteigerte, deshalb besonders schutzwürdige Gefährdung ihres Integritätsinteresses ergibt. Anhand dieser Wertungsmaßstäbe eröffnen sich variablere Lösungsmöglichkeiten für die Zukunft.

Eine parallele Entwicklung ist bei der "negligence"-Haftung zu beobachten. Durch die Tatsache, daß ein Vertrag die zum Entstehen einer "duty to take care" erforderliche Beziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem schaffen kann, nicht aber jede Verletzung eines Vertrages gleichzusetzen ist mit der einer "duty to take care" ²⁾, muß bei anstehenden Dritt-ersatzansprüchen zwangsläufig die Frage nach der Notwendigkeit von "privity" auftauchen. Die Rechtsprechung machte sich die Antwort vielfach leicht, berief sich auf die "general rule" und wies Ersatzansprüche Dritter einfach ab. Erst allmählich zeigt sich - schon aus dem Gesichtspunkt der Billigkeit - die mangelnde Eignung von "privity" als Voraussetzung im Rahmen der Bemühungen um eine Konkretisierung der "duty to take care" und insoweit auch des Kreises der Anspruchsberechtigten. Entscheidender Ansatzpunkt

1) Kümmeth, 206.

2) Vgl. oben S. 141 ff.

ist auch und gerade bei der Fahrlässigkeitshaftung die Erkenntnis, daß der jeweilige Vertrag und seine sozialen Wirkungen als Maßstab und Bezugspunkt stärkere Beachtung finden müssen. Eine im Verhältnis zum "third party beneficiary"-Konzept radikalere und raschere Abkehr von der strikten Forderung nach "privity" mag u.a. in dem Gefühl begründet sein, den Relativitätsgrundsatz im Bereich des Deliktsrechts leichter umgehen zu können und in dem erforderlichen Verschuldensnachweis ein zusätzliches Kriterium zu haben.

Es hat sich demnach die Überzeugung durchgesetzt, daß eine strikte Einhaltung des "privity"-Prinzips der veränderten Situation und den sich ständig wandelnden Anforderungen des modernen Rechtsverkehrs und des Wirtschaftslebens nicht mehr gerecht wird. Mehr noch, diese Auffassung resultiert in beiden Haftungsbereichen gleichermaßen aus einem Überdenken der Position, Struktur und sozialen Funktion der Sonderrechtsbeziehung im Gesamtrechtsgefüge.

In diesem Zusammenhang scheint eine genauere Betrachtung der bei der Entstehung und Abwicklung eines Vertrages zu beachtenden Pflichten erkennbar zu werden, wenn auch nicht im Sinne einer rechtsdogmatischen Auseinandersetzung über Haupt- oder Neben-, Leistungs-, Schutz- und sonstigen Pflichten.

Das zeigt sich bei der "third party beneficiary rule" in verschiedener Hinsicht. Obwohl selbst nicht Empfänger der vertraglichen Hauptleistung, können Dritte u.a. unter der Voraussetzung Schadensersatzansprüche geltend machen, "if the performance will satisfy a duty" ¹⁾. Damit wird eine Pflicht als existent bestätigt, die von der relativen Rechtsbeziehung der Vertragsparteien zwar gelöst, aber dennoch

1) Vgl. oben S. 134 unter (1) (a).

von ihr abhängig ist. Weiterhin wird auf diese (Schutz-)Pflicht eingegangen und letztlich darauf abgestellt, wenn die Auswirkungen des Vertrages bzw. dessen Inhalt im Rahmen des gerade bei Schadensersatzansprüchen dritter Personen im Vordergrund stehenden "intent"-Tests zu untersuchen sind. Genaue Formulierungen über die jeweilige Rechtsnatur der Pflichten fehlen freilich noch ebenso wie eine konsequente oder gar einheitliche Linie in der Rechtsprechung.

Ähnliches gilt für die Fahrlässigkeitshaftung. Sieht man einmal davon ab, daß "duty" als Merkmal im "negligence"-Tatbestand ohnehin schon erwähnt wird, so legt man inzwischen gesteigerten Wert auf eine sorgfältige Ausfüllung dieser Leerformel ¹⁾ durch die Richter ²⁾ - speziell bei der Konkretisierung ersatzberechtigter Dritter. Aus der Anlage des Schuldverhältnisses muß sich neben den der Vertragspartei geschuldeten (Leistungs-)Pflichten zumindest eine spezifische Schutzpflicht gegenüber dem Geschädigten ergeben.

In beiden Haftungsbereichen räumt also die neuere Rechtsprechung quasi "stillschweigend" ein, daß bei der Abwicklung eines Vertrages ein Spektrum verschiedener Pflichten mit unterschiedlicher Intensität und Zielrichtung entstehen kann, ohne sich allerdings vertiefend damit zu beschäftigen.

1) So Cowan, 23 Minn.L.Rev. 46, 54 (1938).

2) Zu der Aufgabenteilung im amerikanischen Zivilverfahren zwischen Richter und Jury und den dabei auftretenden Fragen vgl. oben S. 155.

2) Allgemeine Neuorientierung hinsichtlich der
Drittbestimmung unter Berücksichtigung der
jeweiligen Sonderrechtsbeziehung

Weit bemerkenswerter noch ist die mit dieser Entwicklung eng verknüpfte und sich allmählich durchsetzende Neuorientierung bei der Pflichten- und damit gleichzeitig der Drittbestimmung. Es gilt besonders hervorzuheben, daß man sich sowohl bei der "third party beneficiary doctrine" als auch der "negligence"-Haftung von allgemeingültigen, starren Kategorien sowie schematischem Vorgehen zu lösen beginnt und stattdessen umfassendere und weitreichendere Wertungen vornimmt. Obwohl die Hintergründe in den Eigenheiten der jeweiligen Haftungsbereiche verborgen liegen und die angedeuteten Gemeinsamkeiten nicht sofort offensichtlich sind, ist doch als überlagernder Gedanke die Erkenntnis zu sehen, daß zu stark fixierende und formelhafte Regelungen der rechtlich und wirtschaftlich veränderten Situation nicht mehr gerecht werden und eine ständige Anpassung an zukünftige Wandlungen nicht möglich ist.

Im einzelnen kann im Hinblick auf die beiden Haftungsbereiche festgestellt werden:

Die in der amerikanischen Lehre und im Schrifttum differierenden Theorien und Auffassungen zu Vertrag und Vertragsrecht erstreben in ihrem Kern letztlich übereinstimmend eine Modernisierung und Aktualisierung dieses Rechtsgebietes. Im Zuge der allgemeinen Tendenz beginnt sich auch die primär mit dieser Aufgabe betraute Rechtsprechung neu zu orientieren. Unter Berücksichtigung der sozialen Wirkung der Sonderrechtsbeziehung findet die "third party beneficiary doctrine" nahezu einhellig Anerkennung.

Wichtiger noch, man sieht die Nachteile des zu engen Lösungsmodells, nach dem nur wenige - bestimmten Klassen zuzuordnende - Dritte in konkret vorgegebenen

Fallkonstellationen Ansprüche geltend machen können. Der inzwischen vorherrschende "intent"-Test bedeutet ohne Zweifel einen Fortschritt gegenüber der bisherigen Regelung. Es bedarf zwar noch einer gewissen Festigung und Abstimmung, um bei der teilweise verwirrenden Vielfalt unterschiedlicher Formulierungen, Begriffsdeutungen und Untervoraussetzungen von einer einheitlichen Konzeption sprechen zu können.

Im wesentlichen übereinstimmend dient dieses Kriterium der Rechtsprechung jedoch als willkommener Anlaß zu umfassenderen und interessengerechteren Wertungen bei der Beantwortung der Frage, ob und welche Dritten schadensersatzberechtigt sind.

Mit der schon angesprochenen, gerade bei Ersatzanprüchen vertragsfremder Personen zunehmenden Bedeutung des "duty issue" im Tatbestand der Fahrlässigkeitshaftung hat gleichermaßen "foreseeability" an Gewicht gewonnen. Das Gefühl, damit ein rechtssicheres Begrenzungskriterium an der Hand zu haben, verleitet allerdings die Gerichte dazu, "foreseeability"-Erwägungen mit der "duty"-Prüfung gleichzusetzen und als allein maßgeblichen "test" anzusehen.¹⁾

In dieser schematischen Anwendung der Vorhersehbarkeitsformel bleiben jedoch viele der tatsächlich hinter einzelnen Entscheidungen stehenden Gesichtspunkte unangesprochen bzw. man gelangt gar nicht erst zu einer ausreichenden Würdigung des jeweiligen Schuldverhältnisses und der Interessen der Beteiligten. Die Enge und mangelnde Flexibilität von "foreseeability" als ausschließliches Merkmal für die Pflicht- wie Drittbestimmung zeichnet sich hier klar ab, ohne daß damit die Nützlichkeit, ja Notwendigkeit von "foreseeability" als einem von mehreren

1) Vgl. z.B. Neff v. Woodmen of World Life Insurance Society, 87 N.M. 68, 529 P. 2d 294 (1974) und die zahlreichen Entscheidungen oben S. 156Fn.1.

Ansatzpunkten im Rahmen umfassender Wertungen bestritten werden soll.

Wird in der jüngeren Rechtsprechung die Lösung des jeweiligen Interessenkonflikts als "matter of policy" erörtert, so zeigt diese Tendenz, daß man auch und gerade bei der Haftungsgrundlage "negligence" von zu starren Kategorien abzurücken und sich weitreichenderen Gesichtspunkten zuzuwenden beginnt - nicht zuletzt als Folge der zunehmenden Berücksichtigung der sozialen Wirkung und der Anlage des Vertrages. Mit der ausdrücklichen Nennung der für relevant erachteten sechs "policy"-Faktoren ¹⁾ und der insoweit erhofften größeren Transparenz der Entscheidungen gehen die Gerichte im Verhältnis zum "intent"-Konzept zwar einen Schritt weiter hinsichtlich der in Betracht zu ziehenden Wertmaßstäbe. Die Richter sind allerdings der permanenten Gefahr ausgesetzt, sich auf nur einen oder mehrere dieser Punkte zu beschränken, dabei andere Überlegungen außer acht zu lassen und somit erneut ein Vorgehen anhand überholter Formeln zu begünstigen.

Es verdient noch einmal hervorgehoben zu werden, daß die Rechtsprechung in beiden Haftungsbereichen bei der Konkretisierung anspruchsberechtigter Dritter bzw. der ihnen gegenüber geschuldeten Pflicht möglichst umfassende und ausgedehnte Wertungen anstrebt und von starren Kategorien Abstand zu nehmen versucht. Die Konsequenz ist zumeist eine Haftungserweiterung und folglich eine Ausdehnung des ersatzberechtigten Personenkreises, die jedoch im wesentlichen angemessen ist und den Bedürfnissen des modernen Rechts- und Wirtschaftslebens entspricht. Des weiteren verzichtet man auf Differenzierungen hinsichtlich des geschützten Rechtsgutes und der gewählten Haftungsgrund-

1) Vgl. *Biakanja v. Irving*, 49 Cal. 2d 647, 650, 320 P. 2d 16, 19 (1958) sowie die Nachweise oben S. 168 Fn. 1.

lage, so daß Personen- und Sach-, bisweilen auch Vermögensschäden vertraglich wie deliktisch ersetzt verlangt werden können.

Die anfangs isoliert erscheinenden Entwicklungen weisen nach allem nicht nur Ähnlichkeit sondern durchaus Zusammenhänge auf und haben als gemeinsame Basis das verstärkte Bemühen um eine befriedigende Würdigung der sozialen Funktion und der Anlage der jeweiligen Sonderrechtsbeziehung.

In den einzelnen Fallgruppen spiegeln sich die Verschiedenartigkeit der Methoden und Regelungen sowie ein sich andeutender Wandel bei der Beantwortung der Frage, ob und welche vertragsfremden Personen Schadensersatzansprüche gegen den Schuldner haben, gleichermaßen wieder, wenn auch in sehr unterschiedlicher Intensität und Weise. Wertungen auf Grund vertragstypischer Besonderheiten werden hier deutlich und führen zu differierenden Ergebnissen, die zwar nur selten auf einer exakten Prüfung der einzelnen Voraussetzungen der jeweiligen Haftungsgrundlage beruhen, jedoch die zuvor gewonnenen Erkenntnisse bestätigen und - weit wichtiger - sogar noch ergänzen.

Auf der einen Seite steht das allen Fallgruppen gemeinsame Streben, den Kreis der nicht an der Leistungsbeziehung unmittelbar beteiligten, aber anspruchsberechtigten Dritten mit Hilfe von "privity", konkreter Einordnung in fixierte Klassen, engen Regel-Ausnahme Prinzipien (caveat emptor) ¹⁾ etc. möglichst begrenzt zu halten.

Auf der anderen Seite beginnt man um den Preis der inneren Geschlossenheit des Haftungssystems - dem Bedürfnis nach einer rechtlich vertretbaren Haftungserweiterung und vor allem nach flexibleren und

1) Vgl. oben S. 212 ff.

den heutigen Verhältnissen angepaßten Lösungen insgesamt nachzugeben. Der geschützte Personenkreis ist dabei keineswegs identisch, sondern an den Gesamtumständen unter Berücksichtigung der Anlage des Schuldverhältnisses und des Drittinteresses ausgerichtet. Wie sehr die Ansichten sogar innerhalb der Fallgruppen auseinandergehen zeigt der Streit um die ursprüngliche Fassung des § 2-318 Uniform Commercial Code und die daraufhin erlassenen Alternativen, die zwar von den meisten Einzelstaaten akzeptiert, überwiegend aber im Text modifiziert oder unter Berufung auf die neutral gehaltene Kommentierung von der Rechtsprechung auf entferntere Dritte ausgedehnt werden ¹⁾.

Als Teil des aktuellen, totalen Wandlungsprozesses im Mietrecht seit der Charakterisierung von "lease" als Vertrag ²⁾ muß die sich durchsetzende liberalere Haltung bei der Einbeziehung Dritter innerhalb der Ausnahmen von "caveat emptor" angesehen werden. Man hat die Notwendigkeit erkannt, möglichst viele Einzelheiten zu würdigen, um zu einem sachgerechten Resultat zu gelangen. Im Rahmen der "professional liability" endlich wird neben der Frage nach dem Vorliegen eines erhöhten Drittschutzinteresses, der Position und dem Risiko des jeweiligen "professional" (Schuldners) besonders Rechnung getragen, so daß der Kreis der in Betracht kommenden Dritten je nach Vertragstyp und Einzelfall sehr unterschiedlich strukturiert ist ³⁾.

1) Vgl. oben S. 183 ff.

2) Vgl. dazu ausführlich oben S. 205 ff.

3) So ist bei der Architektenhaftung eine Drittersatzberechtigung weit verbreiteter als z.B. bei den "accountants". Vgl. oben S. 253 ff. und 268 ff.

Bei den einzelnen Fallgruppen fällt weiterhin die ungleiche Anwendung bzw. Verbreitung der Haftungsgrundlagen auf. So dominieren "warranty" und "strict liability in tort" bei der Verantwortlichkeit von Verkäufern und Herstellern; bei der Miete fehlen vielfach Angaben wegen des Ausnahmecharakters, man neigt aber "warranty"-Grundsätzen zu; im Vordergrund der "professional liability" stehen schließlich "negligence"-Prinzipien.

An dieser Stelle erscheinen einige resümierende Anmerkungen über die "strict liability in tort" angebracht. Sie soll nicht, wie verbreitet angenommen, die anderen Haftungsgrundlagen ersetzen, sondern einen möglichst effektiven Schutz des Geschädigten bewirken. Der geschützte Personenkreis ist durchaus nicht uferlos und unbeschränkt, er wird vielmehr ähnlich konkretisiert wie bei der "negligence"-Haftung ¹⁾, so daß auch in diesem Bereich eine Abkehr von unflexiblen Kategorisierungen zu beobachten ist.

Bedenkt man rückblickend die verhältnismäßig rasche Ausbreitung der "strict liability in tort" bei der Verkäufer- und Herstellerhaftung, so läßt die bereits anklingende Übernahme dieser Grundsätze in zwar nur wenigen, dazu noch sehr spezifischen Fällen der Vermieter- und Architektenhaftung immerhin aufmerken. Es wäre verfrüht von einer allgemeinen Tendenz zu sprechen, doch wird man der weiteren Entwicklung besondere Beachtung schenken müssen.

1) So z.B. mit Hilfe von "foreseeability"-Erwägungen.

II. Gemeinsames Sachproblem als Argument für die funktionale Vergleichbarkeit

Die allgemeine Anerkennung und Ausdehnung der "strict liability in tort" muß ohne Zweifel als Reaktion auf die als unzureichend empfundenen Haftungsregelungen verstanden werden. In gleichem Sinne läßt sich allerdings ebenso die zuvor angesprochene, nicht immer gleichgewichtige Inanspruchnahme der Haftungsgrundlagen "contract" ¹⁾ und "negligence" erklären. Diese Erkenntnis ist ein entscheidendes Argument für die funktionale Vergleichbarkeit des amerikanischen Rechts, vor allem dafür, daß sowohl die Erfahrungen im vertraglichen als auch im "negligence"-Bereich nutzbar gemacht werden können. Die Institutionalisierung des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte soll bekanntlich einen Ausgleich für die Schwächen des Deliktsrechts schaffen - u.a. durch die günstigere Gehilfenhaftung (§ 278 BGB), Verjährungsfristen (§ 195 BGB) und Beweislastverteilung (§§ 282, 285 BGB) ²⁾ sowie der Möglichkeit vertraglich Ersatz für jeden Vermögensschaden zu erhalten -, dabei dem Geschädigten aber die Vorteile eines deliktischen Vorgehens nicht verwehren.

Dem steht auf amerikanischer Seite einerseits - im Unterschied zum deutschen Recht - die Schwäche des Vertragsrechts gegenüber, die sich vordringlich in der allgemeinen Zurückhaltung bei Ansprüchen Dritter infolge der durch "privity" nach wie vor gestellten Anforderungen, aber auch in der insgesamt dominierenden Rolle des Deliktsrechts - speziell bei Ersatzansprüchen wegen Körperverletzungen und Sachschäden - äußert. Ergänzend seien u.a. noch die klägerfeindlichen Freizeichnungsmöglichkeiten oder gegen den einzelnen

1) Dieser Begriff soll hier die "third-party beneficiary"-Konzeption und die "warranty"-Haftung umfassen.

2) Vgl. dazu oben S. 1 ff. und ausführlich Kümmeth, 7 ff.

Geschädigten wirkende, vereinbarte Haftungsbeschränkungen erwähnt ¹⁾.

Zum anderen zeigen sich aber auch erhebliche Nachteile des Delikts- (hier "negligence") rechts u.a. in den Schwierigkeiten bei dem erforderlichen Verschuldensnachweis, in der fehlenden Beweislastumkehr oder den kürzeren Verjährungsfristen, ganz abgesehen von dem relativ unvorhersehbaren Ausgang einer "tort"-Klage ²⁾. Die Folge ist beispielsweise eine gegenüber "negligence" bevorzugte Anwendung der "warranty"-Grundsätze bei der Verkäufer- und Herstellerhaftung ³⁾ oder die zunehmende Bedeutung und Anerkennung der "third-party beneficiary rule".

Geschädigte Dritte sollen demnach auch im amerikanischen Recht in den Genuß möglichst umfangreichen vertraglichen wie deliktischen ("negligence") Schutzes kommen.

Vor dem Hintergrund dieses gemeinsamen Sachproblems kann - trotz der im amerikanischen Recht anderen Rollenverteilung zwischen Vertrags- und Deliktsrecht - der Gedanke der funktionalen Rechtsvergleichung zur Gewinnung neuer oder Bestätigung noch umstrittener und nicht gefestigter Erkenntnisse herangezogen werden. Infolge der weitreichenden und intensiven Erforschung der amerikanischen Rechtssituation kann weiterhin konstatiert werden, daß es sich hier gerade nicht um Rechtsinstitute von so betonter Eigenart handelt, als daß man ihnen stilprägende Kraft zuerkennen müßte ⁴⁾, oder daß die behandelten Fragen etwa durch spezifische Wertvorstellungen der amerikanischen Gesellschaft geprägt würden ⁵⁾. Vielmehr sind klar abgegrenzte, soziale Vorgänge angesprochen.

1) Vgl. dazu näher Prosser, Borderland, 380, 422 ff.

2) Vgl. dazu oben S. 83 und Prosser, aaO.

3) Nur im Verhältnis zur "negligence"-Haftung nicht zu der "strict liability in tort".

4) So Zweigert/Kötz, Bd. I, 78; darauf verweisend Kübler, JZ 1977, 113 ff. (177); ansonsten ähnlich Constatinesco, Bd. II, 233.

5) Auf die Gefahren in diesem Zusammenhang weist vor al-

III. Ergebnisse und Auswertung im Hinblick auf die Fragestellung und das deutsche Recht

Dem hier im Mittelpunkt stehenden Problemkreis der Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich von Verträgen vorgelagert ist im deutschen wie amerikanischen Recht die Befürchtung einer grenzen- und uferlosen Ausdehnung von Schadensersatzpflichten und insofern einer nicht überschaubaren - also nicht versicherbaren - Risikovergrößerung auf Seiten des jeweiligen Schuldners, die letztlich in einer unvertretbaren Beschränkung der Handlungsfreiheit gipfeln könnte. Vor diesem Hintergrund sind die Anstrengungen und Bemühungen um eine sachgerechte und billige Lösung zu sehen, die im deutschen Recht zumeist mit dem Versuch einer dogmatischen Rechtfertigung des Drittanspruches beginnen.

Obwohl sich das amerikanische Recht insoweit nicht unmittelbar zur Stützung der einen oder anderen Ansicht eignet, erscheint die Tatsache, daß es sich bei den Drittschutzfällen um eine Fortbildung des Rechts durch die Rechtsprechung handelt, schon deshalb nicht uninteressant, weil in diesem Zusammenhang die Gerichte zu ausführlichen und insbesondere genauen Begründungen angehalten werden. Dem Abrücken von unflexiblen Kategorisierungen und der in beiden Haftungsbereichen übereinstimmend großzügigen Haltung bei der Drittbestimmung steht ein gesteigerter Argumentations- und Begründungszwang zwecks optimaler Transparenz der Entscheidungen gegenüber.

Erkennt man mit der modernen Lehre die - nur in sehr engen Grenzen zulässige - eigenständige, einzelfallorientierte richterliche Rechtsfortbildung extra legem als dogmatische Basis des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte an ¹⁾, so sind sich die deutschen Ge-

1) Vgl. dazu oben S. 18.

richte entsprechend erhöhten Anforderungen ausgesetzt. Sie haben sorgfältig darauf einzugehen, warum der konkrete Sachverhalt eine Rechtsfortbildung erforderlich macht und diese ihrerseits für die Rechtsverwirklichung notwendig ist. Insbesondere bei den in Zukunft anzustrebenden eingehenderen Wertungen müssen die eine Entscheidung letztlich tragenden (Hinter-)Gründe ebenso klar zum Ausdruck kommen wie die Antwort auf die Frage, warum das Recht gerade hier nach besonderem Drittschutz verlangt ¹⁾.

Solange sich die Rechtsprechung von der bisherigen dogmatischen Rechtfertigung des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte nicht löst, wird sie sich auch einem verstärkten Begründungszwang nicht ausgesetzt fühlen. Eine dementsprechende Umorientierung ist jedoch schon angesichts der in den jüngsten Entscheidungen des BGH ²⁾ sich abzeichnenden Ausweitung dieses Rechtsinstitutes unumgänglich, wichtiger noch, sie wäre eine zwingende Voraussetzung für noch sachgerechtere Lösungen, die infolge der Verschiedenartigkeit der Fallkonstellationen an umfassenderen Erwägungen ausgerichtet werden müßten. Der Diskussion um die dogmatische Grundlage des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte kann somit ein gewisser Einfluß auf die Konkretisierung der ersatzberechtigten Dritten nicht abgesprochen werden.

Dem amerikanischen Recht lassen sich weitere mannigfaltige Lösungshinweise und Anhaltspunkte sowohl für die Fragestellung als auch für damit zusammenhängende Drittbestimmungsprobleme im einzelnen entnehmen.

1) Ausführlich zu dem Begründungszwang Kümmeth, 232 ff.

2) Vgl. oben S. 57 Fn. 1.

Das gilt zunächst für die Beurteilung auf welches Interesse bei der tatbestandsmäßigen Abgrenzung des Personenkreises abzustellen ist. Den Lösungsansätzen entsprechend kommen dafür die Interessenlage der Parteien des Leistungsverhältnisses - und hier insbesondere das Interesse des Gläubigers am Schutz des Dritten - oder das Schutzinteresse des Dritten in Betracht ¹⁾.

Im vertraglichen Bereich verlangte die ältere Rechtsprechung kurzzeitig sogar "privity", zumindest aber eine erkennbare Pflicht zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten. Dieses Erfordernis wurde jedoch als zu gekünstelte Konstruktion aufgegeben. Wenn im Rahmen des "intent"-Tests überwiegend die "intention of the promisee" als Maßstab genommen wird, so läßt sich diese Aussage als Argument für den ersten Lösungsansatz und für ein notwendiges Gläubigerinteresse am Schutz des Dritten werten. Dabei würde man allerdings verkennen, daß auf diese subjektiven Kriterien nur selten zurückgegriffen wird ²⁾, vor allem jedoch, daß es bei der "third party beneficiary rule" primär um eine Erfüllung der Hauptleistungspflichten sowie deren Ausgestaltung geht. Dementsprechend ist die Formulierung des Restatements (2d) of Contracts in § 133 (1) (a) zu werten, nach der auf eine "duty" zwischen "promisee" und Drittem abzustellen ist. Im Rahmen des Kriteriums "intended" soll nämlich auch und gerade bei Schadensersatzansprüchen die "reliance" und damit das Interesse und die Sicht des Dritten im Vordergrund stehen.

1) Vgl. oben S. 43 und 58.

2) Vgl. oben S. 122 ff.

In diese Richtung gehen auch die Anmerkungen zu § 2-318 des Uniform Commercial Code sowie die Alternativen B und C ¹⁾, obwohl in § 2-318 Alternative A eine Gruppe von Anspruchsberechtigten explizit genannt wird, bei der zweifellos die nahe Beziehung zum Gläubiger bzw. dessen Schutzinteresse eine Rolle spielt.

Von einer ausschließlichen Berücksichtigung der "reliance" bzw. der "legitimen Erwartungen des Dritten" ²⁾ geht schließlich das neuere amerikanische Schrifttum aus.

Im Rahmen der Fahrlässigkeitshaftung muß bekanntlich eine besondere "duty to take care" gegenüber vertragsfremden Personen vorliegen, um zu einer Verantwortlichkeit des Schuldners zu gelangen. Da bei der Bestimmung dieser Pflicht der jeweilige Vertrag oder Vertragstyp Maßstab und Bezugspunkt ist ³⁾, kommt es entscheidend darauf an, ob das Integritätsinteresse des Dritten ähnlich intensiv oder evtl. sogar noch stärker gefährdet ist wie bzw. als das der Vertragsparteien. Während bei dem "duty issue" also vornehmlich das Schutzinteresse des Dritten untersucht wird und man auch bei der Haftung der "accountants" und "attorneys" die "reliance" des Klägers berücksichtigt ⁴⁾, wird im Mietrecht bei der Ausnahme "premises in common use" zwar auf die Beziehung zwischen Mieter und geschädigtem Dritten in Form von Einstufungen in "invitees, licensees, trespassers" zurückgegriffen ⁵⁾. Die auf eine Eliminierung dieser "technical status positions" gerichteten und auf die o.a. Methoden verweisenden Entscheidungen gewinnen jedoch immer

1) Vgl. dazu oben den Text S. 187 und 188.

2) So wörtlich Kessler, Festschrift für E. Wahl, 88 ff. (93).

3) Vgl. oben S. 141 ff.

4) Vgl. Restatement (2d) of Torts § 552.

5) Zu den einzelnen Kategorien ausführlich oben S. 231 ff.

mehr an Bedeutung, weil die angelegten Wertungsmaßstäbe dem Funktionsbereich und den Besonderheiten der jeweiligen Sonderrechtsbeziehung eher Rechnung tragen.

Unterstützung finden somit beide der zu Beginn herausgestellten Lösungsansätze, wenn auch in unterschiedlicher Intensität. Eindeutig geht man in der vertraglichen wie in der "negligence"-Haftung dazu über, das Schutzinteresse des Dritten primär zu berücksichtigen. Nur dieser Weg wird auch im deutschen Recht der besonderen Situation der Drittschutzfälle gerecht. Wenn nämlich ein Schuldverhältnis nach seiner Anlage und in seinen sozialen Wirkungen einen vertragsfremden Dritten dergestalt erfaßt, daß dessen Integritätsinteresse in gleicher Weise gefährdet wird wie das der Vertragsparteien, oder sogar stärker ¹⁾, so resultiert daraus ein erweitertes vertragliches Schutzbedürfnis. Primärer Ansatzpunkt für die Beurteilung einer besonderen Schutzwürdigkeit kann demnach nicht das Interesse des Gläubigers am Schutz des Dritten sein, sondern nur das Integritätsinteresse des Dritten bzw. dessen Verletzungsrisiko.

Wenn die Befürworter des zweiten Lösungsansatzes in diesem Zusammenhang untersuchen wollen, ob der Vertrag inhaltlich bzw. in seiner Art und Anlage drittbezogen ist und insoweit auf die Gefahren abstellen, die mit der Begründung und Abwicklung des Schuldverhältnisses verbunden sind, so kann ihnen in dieser Hinsicht ebenfalls gefolgt werden, zumal sich dafür erneut folgende Anhaltspunkte aus dem amerikanischen Recht ergeben.

Der "intent"-Test entwickelt sich nämlich im Rahmen der "third-party beneficiary rule" immer mehr zu einer primär objektiven Gesamtbetrachtung des jeweiligen

1) Vgl. Kümmeth, 222 u. 224.

Vertrages. Ausdrücklich erörterte man bspw. Auswirkungen und Drittbezogenheit des Schuldverhältnisses in *Greenless v. Owen Ames Kimball Co.*¹⁾ und in *Flinkote v. Brewer Co. of Florida*²⁾, des weiteren wurde auf Vertragstyp und konkreten Sachverhalt in *Lucas v. Hamm*³⁾ abgestellt.

Die Besonderheit der jeweiligen Beziehung wird gleichermaßen im Rahmen des "duty issue" in Erwägung gezogen⁴⁾. Der weichenden Haftungsfreistellung des Vermieters, dem Wandlungsprozeß im Mietrecht überhaupt und der gleichzeitigen zunehmenden Haftungserstreckung auf Dritte liegen eine Bewertung der Anlage und der Art des Schuldverhältnisses ebenso zugrunde wie der vergleichbaren Entwicklung bei der "professional liability".

Der Interessenlage der Beteiligten des Leistungsverhältnisses⁵⁾ kann allerdings - das hat die Auswertung des amerikanischen Rechts klar gezeigt - nicht jegliche Bedeutung abgesprochen werden. Insofern kann dem zweiten Lösungsansatz in seinem Ausschließlichkeitsanspruch nicht zugestimmt werden. Ist nämlich die soziale Verbindung der vertragsfremden Person zu einer der Parteien des Vertragsverhältnisses - meist zum Gläubiger - so eng, daß bzgl. der Abwicklung des Schuldverhältnisses ein besonderes, dem Schuldner klar erkennbares Interesse am Schutz dieses Dritten besteht, so kann diese Tatsache als Indiz für eine Einbeziehung des Dritten in den geschützten Personenkreis gewertet werden. Als zwingendes Erfordernis ist aber sowohl ein Gläubigerin-

1) Vgl. *Greenless v. Owen Ames Kimball Co.*, 340 Mich. 670, 66 N.W. 2d 227 (1954).

2) Vgl. *Flinkote Co. v. Brewer Co. of Florida*, 221 So. 2d 784 (Dist.Ct.App.Fla. 1969).

3) Vgl. *Lucas v. Hamm*, 56 Cal. 2d 583, 364 P. 2d 685, 15 Cal.Rptr. 821 (1961).

4) Vgl. oben S. 140 ff.

5) Entsprechend dem ersten Lösungsansatz.

teresse als auch ein ebenso denkbares Interesse des Schuldners an einem verstärkten Schutz des Dritten nicht mehr tauglich.

Die für die Beurteilung der Fragestellung angeführten Argumente haben gleichermaßen Auswirkungen auf die einzelnen Merkmale, die bislang für die Drittbestimmung für maßgeblich erachtet wurden.

Zwei Gesichtspunkte sind vorab zu erwähnen und quasi vor eine imaginäre Klammer zu setzen, da sie für sämtliche Kriterien Geltung beanspruchen. Anhand der neuen Tendenzen in der amerikanischen Rechtsprechung und Lehre wurde schon verdeutlicht, daß ein intensives Eingehen auf die Anlage des Schuldverhältnisses unbedingt erforderlich ist, um zu wirklich ausgewogenen Resultaten zu gelangen. Ebenso sind unflexible und starre Kategorisierungen wie Voraussetzungen grundsätzlich zu vermeiden, nach denen sich nämlich Ersatzansprüche Dritter relativ einfach abweisen lassen, ohne die wirklichen Beweggründe offenzulegen. Außerdem kann man auf diese Weise dem Bedürfnis nach einer permanenten Anpassung an die sich ständig wandelnden Gegebenheiten des Rechts- und Wirtschaftslebens eher nachkommen. Es interessiert nicht "der Wandel in der Zeit, sondern der gleichzeitige Gebrauch desselben Rechtsinstituts in verschiedenen Funktionen je nachdem, in welchem gesellschaftlichen Lebensbereich es verwendet wird" ¹⁾.

Im Hinblick auf die einzelnen Merkmale ist es nicht verwunderlich, wenn diejenigen, die eine Konkretisierung der ersatzberechtigten Personen anhand der

1) So treffend Raiser, Die Aufgabe des Privatrechts, 208 ff. (222 f.).

Interessenlage des Leistungsverhältnisses vornehmen, die Leistungsnähe bzw. den -kontakt des Dritten als Voraussetzung erwähnen, darauf jedoch höchst selten eingehen und sich stattdessen der Frage nach einem Verhältnis zwischen Gläubiger und Drittem mit personenrechtlichem Einschlag zuwenden ¹⁾. Man beraubt sich damit eines Merkmals, das bei entsprechender Präzisierung sich als durchaus taugliches Kriterium bei der Drittbestimmung erweisen kann.

Einen wichtigen Ansatzpunkt hat die Rechtsprechung selbst gegeben, wenn sie einen bestimmungsgemäßen Leistungskontakt verlangt. Das bestätigt die amerikanische Rechtsprechung, die bspw. bei den Ersatzansprüchen Dritter im Mietrecht eine bestimmungsgemäße und zweckentsprechende Anwesenheit des Geschädigten oder in anders gelagerten Fällen das Einverständnis des Mieters zum Aufenthalt in den Räumen verlangt. Des weiteren stellt man bei dem Kaufvertrag und der Architektenhaftung darauf ab, ob der Leistungskontakt befugt ist ("lawful use").

Es kann demnach nicht genügen, lediglich das Vorliegen der Leistungsnähe bzw. -berührung zu überprüfen oder wie bislang nur zu bestätigen. Vielmehr gilt es zunächst festzustellen, ob der Leistungskontakt unter Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Vertrages überhaupt erlaubt ist ²⁾. An der Anlage des Schuldverhältnisses hat sich auch die Beantwortung der sich anschließenden Frage zu orientieren, ob nämlich der Kontakt mit der Leistung bestimmungsgemäß oder zweckentsprechend ist, ohne sich auf diese Formulierungen festlegen oder ihnen als Kriterium abschließenden Charakter zusprechen zu wollen.

1) Vgl. oben S. 47 ff.

2) Dafür ist grundsätzlich die Zustimmung des Gläubigers relevant; sofern der Schuldner ein Interesse an der bestimmungsgemäßen und zweckentsprechenden Benutzung hat, ist ebenfalls dessen Erlaubnis maßgeblich.

Dieses Merkmal kann jedoch nicht alleiniger Maßstab für die Einbeziehung Dritter in den vertraglichen Schutzbereich sein ¹⁾.

Der erheblich verstärkte rechtliche Schutz, der normalerweise allein den Parteien der Sonderrechtsbeziehung zukommt, kann ausnahmsweise einer vertragsfremden Person zuteil werden, wenn deren Integritätsinteresse nach Anlage des Schuldverhältnisses besonders schutzwürdig ist.

Im Rahmen der Diskussion über die beiden Lösungsansätze wurde bereits eingehend begründet, warum der bislang überwiegend verlangte personenrechtliche Einschlag in dem Verhältnis zwischen Gläubiger und Drittem sich als zwingende Voraussetzung nicht mehr eignet. Der Streit über die Intensität und den Charakter dieser Beziehung, ob den Gläubiger eine Schutz- und/oder Fürsorgepflicht, eine Obhutspflicht oder eine Verantwortlichkeit für das Wohl und Wehe des Dritten treffen muß, erledigt sich somit in Zukunft dann, wenn das Vorliegen des "personenrechtlichen Einschlages" nur noch indizierend wirkt.

Trotz widersprüchlicher Auffassungen innerhalb der einzelnen Senate scheint auch der BGH die "unnötige Enge" dieses Kriteriums erkannt zu haben und sich umfassenderen Wertungen unter den Stichworten "Vertragszweck, erkennbare Auswirkungen der vertragsgemäßen Leistung, Treu und Glauben" zuzuwenden ²⁾, ohne allerdings von dem tatsächlich entscheidenden Ansatzpunkt - der Frage nach einer besonderen Schutzwürdigkeit des Integritätsinteresses des Dritten - auszugehen.

1) So aber Hohloch, JuS 1977, 302 ff. (305) - zumindest für den Kaufvertrag.

2) Vgl. BGH Urt. v. 28.2.1977, NJW 1977, 1916 ff.

Nach allem ist eine Schutzwirkung gegenüber vertragsfremden Personen dann zu bejahen, wenn die Beziehung des Dritten zum Vertrag so eng bzw. dergestalt ist, daß nach Anlage des jeweiligen Schuldverhältnisses eine konkrete Gefahr für sein Integritätsinteresse besteht. Bei der Beurteilung dieser Frage steht primär das Schutzinteresse des Dritten im Vordergrund und nicht das Interesse des Gläubigers am Schutz des Dritten. Der Interessenlage der Parteien des Leistungsverhältnisses kommt allerdings sekundär ebenfalls Bedeutung zu.

Die Beziehung des Dritten zum Schuldverhältnis steht im Mittelpunkt der Untersuchung und ist anhand umfassender und eingehender Wertungen zu beurteilen. Starre Formeln sollen also nach Möglichkeit vermieden werden. Auf diese Weise gelangt man zu anderen Schwerpunkten bei der Drittbestimmung.

Die folgenden Kriterien können und sollen nur Leitlinien sein, gleichzeitig aber ein Versuch auf Grund der gewonnenen Erkenntnisse zu sachgerechteren Resultaten zu gelangen und insgesamt ein flexibleres Lösungsmodell zu eröffnen. Es ist danach erforderlich:

- 1) Ein der Anlage des Schuldverhältnisses entsprechender Leistungskontakt des Dritten
Orientierungsmerkmale: befugt, bestimmungsgemäß, zweckentsprechend
- 2) Ein nach Anlage des Schuldverhältnisses besonders schutzwürdiges Integritätsinteresse des Dritten
 - a) durch ein enges Verhältnis zwischen Gläubiger und Drittem (personenrechtlicher Einschlag)
 - b) durch die soziale Verbindung bzw. Nähe des Dritten zum Vertrag
Orientierungsmerkmale: Vorhersehbarkeit, umfassende Wertungen ("policy"-Gesichtspunkte).

Lebenslauf

Als jüngstes von vier Kindern wurde ich am 1.5.1948 als Sohn des Kaufmanns Walter Niemann und seiner Frau Hanne geb. Heintzeler in Heidenheim/Brenz geboren. Am 9.9.1970 verstarb mein Vater.

In Dortmund besuchte ich ab 27.4.1954 zunächst die Pestalozzi-Volksschule, dann die Landgrafenschule und wechselte im April 1978 auf das mathematisch-naturwissenschaftliche Leibniz-Gymnasium. Am 2.11.1966 bestand ich die Reifeprüfung.

Nach Ableistung meines Wehrdienstes begann ich im Wintersemester 1968/69 mit dem Studium an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster. Am 18.5.1974 legte ich die Erste Juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm ab.

Mit Forschungen und Studien für diese Arbeit verbrachte ich im Jahre 1976 ca. 5 Monate an der School of Law der University of California Berkeley, USA.

Seit dem 1.1.1978 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst im Bezirk des Hanseatischen Oberlandesgerichtes in Hamburg.

Von Juni 1974 bis Mai 1978 arbeitete ich als wissenschaftliche Hilfskraft im Institut für Wirtschaftsverwaltungsrecht der Universität Münster. Seit Juni 1978 bin ich wissenschaftlicher Assistent am Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

